

DANIEL WUNDER HACHEM

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

**CURITIBA
2011**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito do
Estado, ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Titular Romeu Felipe
Bacellar Filho

DANIEL WUNDER HACHEM

CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL WUNDER HACHEM

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Titular Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membros:

Prof. Dr. Catedrático Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Departamento de Direito Público Especial
Universidad de La Coruña – Espanha

Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 21 de fevereiro de 2011.

Dedico este trabalho

Ao meu pai, que me deu as pernas, e até hoje me ensina a andar.

À minha mãe, que me deu os braços, e contra a maré me ensinou a nadar.

Ao Professor Romeu, que me deu as asas, e como um mestre tem me ensinado a voar.

AGRADECIMENTOS

Ao se concluir qualquer trabalho que exija esforço e dedicação, não há sensação melhor do que a gratidão. Como é prazeroso perceber que o longo caminho trilhado para se alcançar o final só pôde ser percorrido em virtude das diversas mãos que, cada qual ao seu modo, auxiliaram a nos impulsionar em direção à linha de chegada. Esta dissertação é um desses trabalhos, escrito a várias mãos. Foi fruto de muitos debates, com colegas, amigos, alunos e professores. O mínimo que se pode fazer para retribuir o apoio recebido é agradecer. Peço licença, então, para dedicar várias linhas a pessoas que mereciam muito mais do que palavras, como retribuição à sustentação afetiva que me ofereceram. Minha vontade era dedicar, a cada um, um capítulo inteiro de agradecimentos. Como isso não é possível – ou, pelo menos, não recomendável – restrinjo-me a esses poucos, mas significativos parágrafos, para registrar o meu sincero reconhecimento.

Devo agradecer, antes de qualquer um, àquele que me inspirou, me incentivou e me amparou. Àquele que acreditou em mim, me adotou como seu discípulo e resolveu gratuitamente me projetar. Àquele que, desde sempre, foi mais do que um professor da Faculdade, um orientador do Mestrado, ou um chefe no escritório: foi um amigo inexcedível, que a vida tão venturosamente me ofertou. Um parceiro no mundo acadêmico, na advocacia e na vida pessoal. Um companheiro de desafios, de projetos, de sonhos, com quem eu sei que posso contar em todas as horas, com quem posso conversar sobre qualquer assunto, em quem eu confio, a quem eu respeito e admiro como ninguém. Um mestre, em todas as acepções que essa palavra pode revelar. Ao meu mentor, conselheiro e guia, Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, dedico este trabalho com inescondível emoção, agradecendo-lhe pelas diversas horas de profícua discussão, pelo apoio irrestrito à defesa das minhas próprias ideias, pela liberdade intelectual que sempre me proporcionou, pelos seus valiosos ensinamentos diários e pela compreensão em relação ao período em que precisei me afastar de nossas outras atividades acadêmicas e profissionais para me dedicar a esta pesquisa. Ao senhor, estrela-maior do Direito Administrativo paranaense, que generosamente empresta o seu brilho a todos os seus pupilos, os agradecimentos e as homenagens serão sempre insuficientes.

Aos meus pais, Daniel Hachem e Maria do Rocio Wunder Hachem, a quem dedico também esta dissertação, bem como à minha irmã Laura Wunder Hachem, agradeço pelo amor incondicional, pelo carinho sempre presente, pelas lições de vida

e, muito especialmente, por tornarem meus sonhos realidade. Obrigado pela inesgotável paciência, por me ensinarem a dar os meus primeiros passos, por me mostrarem que é possível superar qualquer obstáculo, por estarem sempre prontos para um abraço, um beijo e um agrado, e pelo porto seguro que só uma família verdadeiramente unida é capaz de propiciar, sem os quais eu jamais conseguiria desenvolver a pesquisa com a segurança e a tranquilidade necessárias para a confecção de um trabalho desta natureza. A vocês dedico não apenas esta, mas todas as conquistas que eu vier a alcançar durante a vida, por constituírem o motor que me impulsiona todos os dias.

Ao meu grande amigo Emerson Gabardo, um dos mais sérios e dedicados pesquisadores que já encontrei, devo admitir que me faltam as palavras para lhe agradecer. Não tenho como deixar de admitir que tê-lo conhecido fez toda a diferença nos últimos dois anos. O Emerson é um desses amigos que vibra com o seu sucesso, como se estivesse vivenciando a mesma situação. A ele agradeço pela amizade verdadeira, pelo incentivo que sempre me deu para o desenvolvimento das atividades acadêmicas, pelas inúmeras oportunidades que me forneceu nas mais diversas searas, e pela enorme confiança em mim depositada, tanto para assumir alguns dos cargos que anteriormente ocupava, quanto para atuarmos em projetos conjuntos. O principal agradecimento, contudo, deve ser feito à atenção com que leu a primeira versão desta dissertação, tecendo importantes críticas e apontando falhas na argumentação. Sem a sua apreciação arguta, o trabalho estaria inquinado de graves equívocos, muitos dos quais espero tenham sido corrigidos.

À Ana Cláudia Finger, minha amiga do coração, agradeço imensamente pela agradável convivência, pelo suporte em todos os momentos difíceis e por estar sempre ao meu lado em nossas atividades no escritório, na UniBrasil, na *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* e no Instituto Bacellar. Devo lhe agradecer, de maneira muito efusiva, pelo estímulo singular que me ofereceu para iniciar a carreira docente. Como costumo dizer aos meus alunos, se hoje eu sou Professor de Direito Administrativo, isso só foi possível graças ao impulso inicial da Professora Ana Cláudia.

À Andréa Roloff Lopes, amiga de todas as horas, colega da UniBrasil e do Instituto Bacellar, e minha eterna professora de prática de docência, agradeço não apenas pela cuidadosa revisão metodológica deste trabalho, mas muito especialmente pela sua amizade constante nos momentos em que mais precisei. Obrigado por me fazer sentir confiante, nas horas em que a insegurança e a ansiedade insistiam em me atormentar.

À amiga Eneida Desiree Salgado, jovem e já destacada constitucionalista paranaense, agradeço por, junto com o Emerson, ter composto a informal “banca de qualificação” desta dissertação. Sem a sua leitura atenta, minuciosa e igualmente crítica, eu seria incapaz de identificar muitos dos erros e imprecisões teóricas que a primeira versão desta pesquisa comportava.

Ao grande amigo, jovem jurista e recém-mestrando Saulo Lindorfer Pivetta, agradeço intensamente pelos apontamentos registrados após a leitura da primeira versão da dissertação, bem como pela meticulosa revisão do texto. Graças ao seu primoroso trabalho, muitas das incorreções ortográficas e de digitação puderam ser sanadas.

À Maíra Silva Marques da Fonseca, irmã por opção, agradeço pela inigualável parceria, por partilhar da mesma angústia fazendo uníssonos nas cantigas ao desespero e por não me deixar desistir nos momentos mais drásticos dessa trajetória. Obrigado por ouvir minhas lamúrias, por estar sempre lá quando eu precisava de um ombro amigo, por ser tão compreensiva. Não fosse você, com suas palavras, seu carinho, sua amizade, este trabalho não teria nascido. Seus conselhos são lições de vida, minha amiga. Uma das mulheres mais sábias que já conheci.

À Giovanna Bonilha Milano, que me fez entender o que queria dizer Vinícius de Moraes quando afirmou que “A gente não faz amigos, reconhece-os”, agradeço por ter surgido na minha vida. Companheira de graduação, de Centro Acadêmico, de movimento estudantil e de mestrado, foi uma peça fundamental em vários aspectos da minha formação. A ela agradeço pelos desabafos constantes, por tornar os créditos do mestrado mais divertidos e por me mostrar que por mais séria que a vida possa ser, ela exige momentos de descontração e de prazer.

À minha amiga querida Christine Rocha Pombo, mais do que ninguém, sou grato pelo companheirismo durante as madrugadas, nas quais, de sua casa, me acompanhava pela *internet*, estimulando-me a escrever e me auxiliando, aos 45 minutos do 2º tempo, a traçar um cronograma com metas para, enfim, concluir o texto. A ela agradeço ainda – e muito sinceramente – pela forte recomendação de *parcimônia* no momento de redação do trabalho (que, aliás, desde o início já me havia sido quase que *determinada* pelo Professor Romeu), sem a qual cada subitem teria se tornado uma dissertação autônoma, diante da quase irresistível tentação de explorar cada tema às minúcias, em face do oceano bibliográfico que a literatura jurídica nacional e internacional fartamente nos oferecem.

Aos membros do “GADA” (Grupo de Apoio aos Dissertadores Anônimos), colegas aflitos e geniais do Curso de Mestrado do PPGD-UFPR, agradeço por fazerem dessa tarefa um pouquinho mais prazerosa, evitando que cada um de nós enlouquecesse *por completo* (porque afinal, “de perto ninguém é normal”, já dizia Caetano Veloso). Sem a cumplicidade e os desabafos de Juliana Pondé Fonseca, Maíra Silva Marques da Fonseca, Giovanna Bonilha Milano, Michelli Mayumi Iwasaki, Felipe Bley Folly, Danielle Wobeto de Araújo e Helena Schiessl Cardoso, além dos “depoimentos” da já mestre Oriana Balestra, teria sido muito mais sufocante a árdua missão de concluir a “Dirce”.

Ao amigo Douglas Alexander Cordeiro, agradeço profundamente a gentileza de me receber em sua casa em Paris, durante o período em que lá estive para coletar material bibliográfico para a pesquisa, bem como pelo auxílio para lograr acesso à *Bibliothèque Cujas*, das Universidades de Paris 1 e Paris 2. Sou grato, ainda mais, pela generosidade em aceitar a penosa incumbência de fotocopiar e digitalizar outros livros, artigos e capítulos de livros, que posteriormente lhe solicitei.

À mestrandia Paula Carina de Araújo e à Loiri, talentosas bibliotecárias do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, agradeço imensamente pela ajuda constante com a busca por livros e periódicos, sem a qual teria sido impossível coletar todo o material utilizado nesta investigação.

Agradeço, ainda, à Beatriz Antequera Díaz, diligente bibliotecária do INAP – *Instituto Nacional de Administración Pública* da Espanha, pelo prestimoso auxílio na pesquisa bibliográfica lá realizada.

A mis queridos amigos argentinos, Prof. Justo Reyna, Prof^a Irmgard Elena Lepenies, Silvina Sciacqua y Prof. Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, les agradezco por el cariño que me dieron cuando estuvimos juntos, por las buenas vibraciones enviadas para que esta tesina lograra aprobación y por estaren dispuestos a venir a Curitiba para apoyarme en el momento de la defensa.

Al estimado Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, le agradezco infinitamente por recibirme en España cuando estuve allí para buscar libros y artículos, por las generosas lecciones cuando estuvimos juntos en Santa Fe y sobretudo por aceptar la invitación de venir desde España hasta Brasil para formar parte del jurado de evaluación de esta tesina. Agradezco también al Profesor Juan José Pernas García, por la gentileza de recibirme en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de La

Coruña, un lugar muy especial donde encontré muchos de los textos utilizados en este trabajo.

Ao grande mestre Professor Clèmerson Merlin Clève, agradeço pela honra que me proporcionou ao aceitar o convite para compor a banca de avaliação desta dissertação. A sua presença como membro da comissão examinadora, só por só, enobrece sobremaneira qualquer trabalho acadêmico.

Aos colegas do *Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar*, Prof^a Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Prof. Eduardo Talamini, Isabelle Nascimento Bacellar, Adélia Berberi, Rosiany Gimaël e Bruno Vasques, agradeço pelo empenho no exercício das nossas atividades e por todo o subsídio prestado para a execução deste projeto. À Professora Regina dedico um agradecimento especial, não apenas pelo privilégio de ter por perto uma grande jurista, com quem posso discutir sobre qualquer assunto jurídico e receber uma aula magistral a qualquer instante, pessoalmente ou pelo telefone, mas muito especialmente pelo afeto que me dispensou durante todos os dias em que estive desenvolvendo esta pesquisa. À Isabelle, e também à Luana Bacellar, agradeço por me propiciarem momentos de lazer, nos dias em que a redação do trabalho não estava fluindo. À Rosiany, bibliotecária do nosso Instituto, agradeço ainda por toda a ajuda com as referências bibliográficas.

À Professora Angela Cassia Costaldello, agradeço por ter me dado acesso total à sua biblioteca pessoal, por sua integral disponibilidade para conversar sobre o tema da dissertação e pelos importantes debates travados nas duas primeiras aulas da sua disciplina no mestrado, que foram essenciais para a compreensão dos diversos sentidos que a doutrina brasileira atribui ao conceito de *princípio jurídico*. Agradeço não apenas pelos ensinamentos acadêmicos, mas também pelas contribuições pessoais que prestou à minha formação humana.

Aos meus alunos da UniBrasil, de Direito Administrativo I e de Direito Constitucional I, das turmas do 2º semestre de 2009, 1º semestre de 2010 e 2º semestre de 2010, agradeço enormemente não apenas pela carinhosa acolhida na carreira docente universitária, mas notadamente pelas nossas discussões em sala de aula. Não fossem suas críticas, seus questionamentos e suas contribuições, teria sido inviável formular várias das ideias constantes deste trabalho, muitas das quais nasceram dos diálogos em nossas aulas.

Aos colegas do *Bacellar & Andrade Advogados Associados*, Renato Andrade, Célia Folda, Célio Heitor Guimarães, Antônio Sergio Bernardinetti, Adriana da Costa

Ricardo Schier, Klaus Werner Jakobi, Elaine Falcão Silveira, Gustavo Henrique Bittencourt Silva, Daniel Valache, Jane Rose Alberge, Fabiane Mazaroppi, Phillip, Viviane Haffermann, Juliana Gaio, Sirlene Morchione, Mila, Israel e João do Vale, agradeço pelo apoio dado às atividades da advocacia, especialmente nos dias em que precisei me ausentar do escritório para concluir este trabalho.

Às diligentes servidoras do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Laura da Silva, Fátima Paim Becker, Sandra Maciel e Ana Maria Cristofolini, agradeço por toda a eficiente e indispensável ajuda fornecida durante o Curso de Mestrado.

A todos os meus amigos, que sabem bem quem são, agradeço por vivenciarem comigo esse importante momento da minha trajetória acadêmica, emprestando-me o apoio necessário para, enfim, entregar este trabalho concluído. Obrigado por compreenderem o meu distanciamento em relação aos nossos momentos de alegria e por me fazerem perceber que a vida é muito mais do que uma pilha de livros.

“Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todo. Entonces, es mejor no definirlo”.

El interés público es como el amor
Guillermo Andrés Muñoz

SUMÁRIO

RESUMO.....	xv
ABSTRACT	xvi
RESUMEN	xvii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I – A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	11
CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, POLÍTICA E NORMATIVA DO PRINCÍPIO	13
1.1. Origem e desenvolvimento teórico do princípio na doutrina brasileira	14
1.1.1. Antecedentes doutrinários e a formulação originária de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	15
1.1.2. O desenvolvimento da teoria.....	32
1.1.3. A acolhida da doutrina brasileira.....	45
1.2. Fundamentação política do princípio: modelos de relação entre interesse público e interesse privado	50
1.2.1. Inexistência de hierarquia entre interesses público e privado: o bem comum transcendental.....	55
1.2.2. A concepção individualista de interesse geral no liberalismo oitocentista...	59
1.2.3. Prevalência do interesse público sobre o privado: aportes do Estado Social e Democrático de Direito	76
1.3. Embasamento normativo-constitucional do princípio.....	88
1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições	89
1.3.2. Fundamentos constitucionais específicos	101
1.3.3. Interpretação sistemática da Constituição	107
CAPÍTULO 2 – A COMPOSTURA JURÍDICA DO PRINCÍPIO.....	112
2.1. Conceitos de <i>princípio jurídico</i> e a norma da supremacia do interesse público... ..	113
2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa “princípio” na doutrina brasileira	119
2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como “mandamento nuclear” do sistema jurídico-administrativo	128

2.1.3. Princípio como “mandamento de otimização” e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público.....	132
2.2. Noções de interesse público subjacentes ao princípio.....	136
2.2.1. A dúplice noção jurídica de interesse público.....	140
2.2.2. Interesse público em sentido amplo.....	148
2.2.3. Interesse público em sentido estrito.....	168
2.3. Supremacia do interesse público e suas distintas manifestações.....	182
2.3.1. Supremacia do interesse público em sentido amplo (interesses juridicamente protegidos) sobre o interesse privado (interesses não tutelados).....	183
2.3.2. Prevalência do interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos).....	189
2.3.3. Requisitos indispensáveis à aplicação do princípio.....	196
PARTE II – A IMPROCEDÊNCIA DAS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	204
CAPÍTULO 3 – A PRETENSA IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA CATEGORIA NORMATIVA DE “PRINCÍPIO”	207
3.1. “Ausência de previsão normativa ou assento constitucional”.....	208
3.1.1. Existência de previsão normativa.....	210
3.1.2. Conteúdo de mandamento jurídico-normativo e não apenas de postulado ético-político	215
3.1.3. Respaldo do princípio no sistema constitucional brasileiro.....	218
3.2. “Carência de conteúdo jurídico próprio (confusão com outros princípios)”.....	223
3.2.1. Um dos possíveis conceitos de princípio: “mandamento nuclear de um sistema”	225
3.2.2. Complementaridade e concordância prática dos princípios.....	228
3.2.3. Comparação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da juridicidade administrativa.....	231
3.3. “Incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade e com a técnica da ponderação”	237
3.3.1. A ponderação diante do duplo caráter normativo da supremacia do interesse público: norma-princípio e norma-regra	240
3.3.2. O exemplo do princípio da supremacia constitucional e a contradição em relação ao princípio da dignidade humana.....	250

3.3.3. <i>O princípio da proporcionalidade e a supremacia do interesse público: compatibilidade e paralelo</i>	257
CAPÍTULO 4 – A SUPOSTA INUTILIDADE PRÁTICA DO PRINCÍPIO	264
4.1. “Ausência de significação jurídica (indeterminação/fluidez conceitual)”	264
4.1.1. <i>Vagueza das expressões e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados</i>	266
4.1.2. <i>Possibilidade de determinação do conteúdo do interesse público</i>	271
4.1.3. <i>Existência de outros termos jurídicos igualmente indeterminados</i>	277
4.2. “Interesses privados compõem o interesse público (indissociabilidade)”	282
4.2.1. <i>Os conceitos de “interesse público” e de “interesse privado” adotados</i> ...	283
4.2.2. <i>Possibilidade de dissociação e contraposição entre interesses público e privado</i>	285
4.2.3. <i>Interesses “privados” que compõem o interesse público</i>	289
4.3. “Pluralidade/heterogeneidade de interesses públicos”	293
4.3.1. <i>Reconhecimento da pluralidade de interesses públicos e manutenção da utilidade do princípio da supremacia</i>	295
4.3.2. <i>A pluralidade de normas constitucionais e de direitos fundamentais</i>	299
4.3.3. <i>A dimensão principiológica da norma da supremacia: prevalência prima facie do interesse geral sobre os interesses específicos</i>	301
CAPÍTULO 5 – O ALEGADO PERIGO DE LEGITIMAÇÃO DE PRÁTICAS AUTORITÁRIAS	305
5.1. “Desconsideração do indivíduo (vinculação ao organicismo ou ao utilitarismo)”	306
5.1.1. <i>O personalismo solidário</i>	308
5.1.2. <i>A consideração do indivíduo</i>	313
5.1.3. <i>Interesses individuais como interesse público</i>	318
5.2. “Incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais”	320
5.2.1. <i>Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais como núcleo do interesse público</i>	321
5.2.2. <i>Restrição de direitos fundamentais deve ser razoável e proporcional</i>	331
5.2.3. <i>Necessidade de previsão normativa e compensação jurídica no caso de afastamento de interesses específicos (individuais ou coletivos) juridicamente protegidos</i>	342
5.3. “Fundamento jurídico para a prática de arbitrariedades (‘razões de Estado’)	347

5.3.1. <i>Necessidade de motivação dos atos fundados na supremacia do interesse público.....</i>	350
5.3.2. <i>Possibilidade de controle judicial.....</i>	356
5.3.3. <i>Suposta concordância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal....</i>	362
CONCLUSÕES.....	366
1. Proposições objetivas.....	366
2. Encerramento.....	389
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	392

RESUMO

O presente trabalho, impulsionado pela polêmica instaurada em torno do princípio da supremacia do interesse público na doutrina brasileira nos últimos dez anos, tem por objetivo analisar o seu conteúdo jurídico no Direito Administrativo e avaliar as críticas que lhe têm sido endereçadas por determinados autores. Na primeira parte examina-se a configuração jurídica do princípio, apresentando-se: (a) a sua formulação originária pela doutrina nacional e o seu desenvolvimento teórico; (b) o modelo político que propiciou o seu surgimento; (c) seu embasamento normativo na Constituição da República Federativa do Brasil. Em seguida, são identificados os elementos que integram a compostura jurídica do referido princípio, demonstrando-se que: (a) ele pode ser encarado sob o prisma de dois conceitos diferentes de *princípio jurídico*; (b) ele abrange duas noções distintas de *interesse público* (um sentido amplo e um sentido estrito); (c) de acordo com a espécie de conflito de interesses, ele poderá determinar a supremacia absoluta do *interesse público em sentido amplo* (interesses juridicamente protegidos) sobre o *interesse privado* (interesses não amparados pelo Direito) ou a prevalência relativa do *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada) sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)*, resguardados pelo sistema normativo), devendo, nessa última hipótese, atender a quatro requisitos imprescindíveis: (i) existência de previsão normativa específica; (ii) motivação do ato; (iii) respeito aos desdobramentos do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos; (iv) compensação jurídica nos casos de prejuízos anormais e especiais. Na segunda parte da investigação são avaliadas, uma a uma, as refutações dirigidas por parcela da doutrina ao princípio constitucional da supremacia do interesse público – (a) ausência de previsão normativa ou assento constitucional; (b) carência de conteúdo jurídico próprio; (c) incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade e com a técnica da ponderação; (d) ausência de significação jurídica em razão de sua indeterminação conceitual; (e) indissociabilidade entre interesses privados e interesse público; (f) existência de uma pluralidade de interesses públicos; (g) desconsideração do indivíduo por conta de sua vinculação ao organicismo ou ao utilitarismo; (h) incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais; (i) fundamento jurídico para a prática de arbitrariedades (“razões de Estado”) –, buscando-se indicar as razões que apontam para a improcedência de cada uma delas. Conclui-se pela existência normativa do princípio no Direito Público brasileiro, bem como pela sua imprescindibilidade para outorgar legitimidade constitucional às prerrogativas especiais que o regime jurídico-administrativo confere à Administração Pública, nos termos e nos limites traçados pelo sistema normativo.

Palavras-chave: princípio da supremacia do interesse público; regime jurídico-administrativo; princípio constitucional; interesse público; interesse geral; Direito Administrativo.

ABSTRACT

This work, stimulated by the controversy established around the principle of the supremacy of public interest in the Brazilian doctrine in the last ten years, aims to analyze its juridical content in Administrative Law and evaluate the critics that have been addressed to it by some authors. The first part examines the juridical configuration of the principle, presenting: (a) its original formulation by the national doctrine and its theoretical development; (b) the political model that allowed its appearance; (c) its normative bases in Brazilian Constitution. Then, the research identifies the elements that integrate the juridical composure of the mentioned principle, demonstrating that: (a) it can be seen through the prism of two different concepts of *juridical principle*; (b) it covers two distinct notions of *public interest* (in a broad sense and in a narrow sense); (c) according to the kind of the conflict of interests, it can determine the absolute supremacy of *public interest in the broad sense* (juridically protected interests) over the *private interest* (interests not protected by Law) or the relative prevalence of *general interest* (belonging to the community itself) over the *specific interests* (individual or collective, covered by the normative system), and, in this last situation, it has to observe four essential requirements: (i) existence of a specific normative provision; (ii) motivation of the act; (iii) respect for the branches of the principle of unavailability of public interests; (iv) juridical compensation in cases of abnormal and special damages. The second part of the research evaluates, one by one, the refutations directed by a part of the doctrine to the constitutional principle of the supremacy of public interest – (a) absence of normative provision or constitutional seat; (b) lack of own juridical content; (c) incompatibility with the principle of proportionality and the technique of weighting; (d) absence of juridical significance because of its conceptual indetermination; (e) inseparability between private interests and public interest; (f) existence of a plurality of public interests; (g) disregard of the individual because of its association with the organicism or utilitarianism; (h) incompatibility with the principle of human dignity and with the fundamental rights; (i) juridical basis for the practice of arbitrariness (“reasons of State”) –, seeking to demonstrate the reasons that indicate the necessity of rejecting each one of them. The conclusion leads to the confirmation of the normative existence of the principle in Brazilian Public Law, as well as to the recognition of its indispensability to confer constitutional legitimacy to the special prerogatives that the administrative juridical regimen grants to Public Administration, on the terms and limits set by the normative system.

Keywords: principle of the supremacy of public interest; administrative juridical regimen; constitutional principle; public interest; general interest; Administrative Law.

RESUMEN

Este trabajo, estimulado por la controversia establecida en torno al principio de supremacía del interés público en la doctrina brasileña en los últimos diez años, tiene como objetivo analizar su contenido jurídico en el Derecho Administrativo y evaluar las críticas que se han dirigido a él por algunos autores. La primera parte examina la configuración jurídica del principio, presentándose: (a) su formulación original por la doctrina nacional y su desarrollo teórico; (b) el modelo político que permitió su aparición; (c) sus bases normativas en la Constitución de la República Federativa de Brasil. A continuación, se identifican los elementos que integran la compostura jurídica del principio mencionado, lo que demuestra que: (a) puede ser visto a través del prisma de dos conceptos diferentes de *principio jurídico*; (b) abarca dos nociones distintas de *interés público* (un sentido amplio y un sentido estricto); (c) de acuerdo con el tipo de conflicto de intereses, él determina la supremacía absoluta del *interés público en sentido amplio* (intereses jurídicamente protegidos) sobre el *interés privado* (intereses no protegidos por el Derecho) o la prevalencia relativa del *interés general* (perteneciente a la comunidad considerada en sí misma) sobre los *intereses específicos* (individuales o colectivos, respaldados por el sistema normativo), y, en este último caso, se tiene que observar cuatro requisitos fundamentales: (i) la existencia de una previsión normativa específica; (ii) la motivación del acto; (iii) el respeto de las ramificaciones del principio de la indisponibilidad de los intereses públicos; (iv) la compensación jurídica en casos de daños anormales y especiales. En la segunda parte de la investigación son evaluadas, una por una, las refutaciones dirigidas por una parte de la doctrina al principio constitucional de supremacía del interés público – (a) ausencia de previsión normativa o sede constitucional; (b) la falta de contenido jurídico propio; (c) la incompatibilidad con el principio de proporcionalidad y con la técnica de ponderación; (d) la ausencia de significación jurídica a causa de su indeterminación conceptual; (e) inseparabilidad entre los intereses privados y el interés público; (f) la existencia de una pluralidad de intereses públicos; (g) desprecio del individuo debido a su asociación con el organicismo o con el utilitarismo; (h) la incompatibilidad con el principio de la dignidad de la persona humana y con los derechos fundamentales; (i) fundamento jurídico para la práctica de arbitrariedades (“razones de Estado”) –, tratando de demostrar las razones que indican la necesidad de rechazar cada una de ellas. La conclusión conlleva a la confirmación de la existencia normativa del principio en el Derecho Público brasileño, así como al reconocimiento de su carácter indispensable para conferir legitimidad constitucional a las prerrogativas especiales que el régimen jurídico-administrativo otorga a la Administración Pública, en los términos y límites establecidos por el sistema normativo.

Palabras clave: principio de supremacía del interés público; régimen jurídico-administrativo; principio constitucional; interés público; interés general; Derecho Administrativo.

INTRODUÇÃO

Desde o início de sua formação, desencadeada pela submissão estatal ao ordenamento jurídico¹, o Direito Administrativo desenvolveu-se como um conjunto de normas destinadas a condicionar o exercício do poder político, orientando a relação entre o Poder Público e os cidadãos. Essa regulação jurídica do relacionamento Estado/indivíduo, possibilitada pela afirmação do Estado de Direito, teve por escopo assegurar o equilíbrio entre duas ideias opostas: de um lado, os poderes conferidos pelo sistema normativo à Administração, sem equivalentes no Direito Privado; de outro, a liberdade dos particulares, garantida pelas restrições especiais que o mesmo ordenamento jurídico impõe ao Estado, mas não dirige aos sujeitos privados.

A tensão permanente entre esses dois blocos antagônicos – poder/autoridade/prerrogativas vs. liberdade/garantias/sujeições² – levou distintas correntes da doutrina, durante um significativo período, a eleger de forma exclusiva o primeiro³ ou o segundo⁴ como noção-matriz de explicação dessa disciplina jurídica. Esse movimento pendular, que conferia ao Direito Administrativo um perfil ora mais autoritário, ora mais democrático, foi superado quando se percebeu a impossibilidade de adoção de um critério único para fundamentá-lo. Viu-se que a especificidade do regime jurídico-administrativo não repousa apenas sobre as *prerrogativas* de autoridade que o Direito outorga à Administração, mas reside também nas *sujeições*

¹ TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 166, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 37-44, out./dez. 1986. p. 38.

² GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr. 1952. p. 37 *et seq.*

³ A Escola da *puissance publique*, desenvolvida no século XIX na França, buscou identificar o Direito Administrativo como o ramo do Direito voltado a reger a atividade de autoridade da Administração, por meio da qual o Poder Público exerce prerrogativas exorbitantes do Direito comum. Cf.: HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 1.

⁴ A Escola de Bordeaux, formada no início do século XIX, pretendeu mudar o eixo metodológico do Direito Administrativo e dar realce ao segundo conjunto de ideias, ao adotar o serviço público como critério para conceituá-lo, deixando de enfatizar o *poder* de comando da Administração e pondo em relevo o seu *dever* de agir em prol da satisfação das necessidades de interesse geral. Cf.: DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 2-32.

especiais que ele lhe impõe. Sedimenta-se então um consenso, no sentido de que é justamente esse binômio – *prerrogativas* e *sujeições* – que se mostra capaz de peculiarizar o Direito Administrativo em face dos demais campos do saber jurídico.⁵

Na doutrina administrativista brasileira, convencionou-se explicar tal dicotomia através da referência ao valor fundamental que justifica os dois pólos desse regime: o interesse público. É este que autoriza a outorga de poderes peculiares à Administração, que nada mais são do que mecanismos jurídicos criados para lhe permitir a salvaguarda dos interesses da coletividade. De outra banda, é o mesmo interesse público que exige a previsão normativa de restrições endereçadas ao Poder Público, como forma de compeli-lo a perseguir a satisfação das necessidades do corpo social e impedi-lo de desviar-se desse mister.

O complexo de princípios e regras que regem o ramo jurídico em comento passa a ser explanado, nessa linha, com base em dois princípios: *supremacia do interesse público sobre o privado* e *indisponibilidade dos interesses públicos*.⁶ Um não pode ser compreendido sem o outro, sob pena de desnaturação da essência que subjaz a esse subsistema jurídico. Se o primeiro disponibiliza à Administração instrumentais para assegurar a prevalência do interesse público sobre o privado, o segundo, em contrapartida, impinge-lhe obrigações que garantem uma atuação administrativa afivelada à realização dos interesses da sociedade, pois estes não estão à livre

⁵ É o que propõe expressamente Jean Rivero, em célebre artigo sobre o assunto: RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, nº 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953. Na doutrina estrangeira partilham dessa posição, entre outros: GARRIDO FALLA, Fernando. Prólogo a la primera edición. In: _____. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. I. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 18-20; BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984. p. 167-170; MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, nºs 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983. p. 859; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. p. 51-53. No Direito brasileiro: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, nº 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Interesse Público*, nº 6, Porto Alegre: Notadez, p. 11-47, abr./jun. 2000. p. 15-17; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 159.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 45-46.

disposição do administrador. Essa construção fundada no interesse público, ao acentuar o dever estatal de servir aos anseios da coletividade, objetivou imprimir uma roupagem democrática ao Direito Administrativo pátrio, que mesmo nos primeiros anos após o advento da Constituição de 1988 ainda ostentava traços autoritários.⁷

A elaboração originária desse raciocínio, delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello ao final da década de 1960, logrou alcançar imensa recepção pelos estudiosos da disciplina, encontrando eco também, em consequência disso, nas decisões administrativas e judiciais. O *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, tal como foi batizado pelo autor, passou a ser considerado como o fundamento jurídico autorizador da instituição de benefícios e prerrogativas ao Poder Público, voltados a operacionalizar a consecução dos interesses da coletividade. Extraído implicitamente do ordenamento jurídico, de acordo com Bandeira de Mello, o princípio se manifestaria concretamente no tecido constitucional, através da previsão de institutos como a requisição e a desapropriação.⁸

Dada a amplitude da acolhida experimentada pela citada norma, que fora desenvolvida conceitualmente e identificada no Direito positivo brasileiro pelo labor doutrinário, sua utilização começou a se tornar cada vez mais frequente na prática administrativa, sofrendo, contudo, determinadas distorções no momento de sua aplicação. A vagueza e a imprecisão da noção de interesse público a tornam suscetível, por vezes, a manipulações discursivas,⁹ o que pode resultar na perversão do sentido do princípio em epígrafe. Isso se passa quando o seu manuseio não observa os contornos precisos que lhe são traçados pelo sistema normativo (o que pode ocorrer, diga-se de passagem, com qualquer norma que comporte um termo jurídico fluido).

A ocorrência de interpretações deturpadas do princípio da supremacia do interesse público, inclinadas a legitimar práticas arbitrárias, não decorreu da sua

⁷ A constatação é feita por CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, nº 106, Brasília: Senado Federal, p. 81-98, abr./jun. 1990. p. 93. O autor busca, nesse ensaio, apontar as ferramentas que a Constituição de 1988 pôs à disposição do cidadão para democratizar a sua relação com a Administração Pública.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 52.

⁹ MATHIEU, Bertrand. *Propos introductifs*. In: _____ ; Michel Verpeaux (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 6.

formulação inicial.¹⁰ Esta, se bem compreendida, não permite que o manejo da norma se preste a tais propósitos. O fenômeno derivou da sua aplicação descompromissada com os fundamentos jurídicos e teóricos que lhe renderam ensejo, bem como da escassez bibliográfica nacional a seu respeito. Em que pese a vasta utilização do princípio para fundamentar atos administrativos e decisões judiciais, raros foram os estudos que se debruçaram mais detidamente sobre o tema, fato que pode ser demonstrado pela inexistência de monografias especialmente dedicadas ao assunto. Salvo algumas poucas exceções¹¹, as explicações sobre o significado desse princípio, até o final dos anos noventa, resumiam-se a brevíssimas notas em cursos e manuais, sem um maior aprofundamento teórico.

Em razão dos equívocos e confusões no emprego do princípio, determinados autores insurgiram-se contra a sua incidência nas relações jurídico-administrativas, reputando-a como atentatória aos ditames do Estado Democrático de Direito e à proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Preocupados com desvirtuamentos da ação do Poder Público, que poderiam ser empreendidos com fulcro em um abstrato e etéreo interesse público, alguns juristas se manifestaram contrariamente à sua utilização, por vezes questionando as delimitações do seu conteúdo¹² e, por outras, rejeitando absolutamente o seu caráter de princípio jurídico e o seu amparo no ordenamento constitucional brasileiro.¹³ A posição foi ganhando corpo e respaldo de outros autores, redundando num movimento que afirmava estar “desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”.¹⁴

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*

¹¹ Como, por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. p. 292-318; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. In: _____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 153-170.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165.

¹³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, São Paulo: Malheiros, p. 159-180, 1998.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-22; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse

Ainda que se pretenda, por vezes, fechar os olhos ao espaço conquistado por esse entendimento, não se pode negar que a corrente adquiriu alguns adeptos¹⁵, intentando pôr em xeque um dos fundamentos essenciais do Direito Administrativo pátrio, segundo a visão edificada no Brasil nas três últimas décadas do século XX. A significativa repercussão proporcionada no cenário jurídico nacional por esse embate pode ser verificada pela inclusão da temática nos painéis dos diversos Congressos de Direito Administrativo promovidos no país, além da edição de artigos científicos e obras individuais¹⁶ e coletivas¹⁷ que se propuseram a debater a questão, com o intuito de reconstruir¹⁸ ou simplesmente reafirmar¹⁹ o princípio da supremacia do interesse público.

público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos... Op. Cit.*, p. 119-172; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos... Op. Cit.*, p. 23-118; SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos... Op. Cit.*, p. 219-248. Na obra, o artigo de Humberto Ávila, citado na nota de rodapé anterior, é reproduzido sem alterações.

¹⁵ BAPTISTA, Patrícia. O interesse público e a ponderação de interesses no Direito Administrativo. In: _____. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 181-219; PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 33, Belo Horizonte: Fórum, p. 193-217, jul./set. 2008; LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 36, Belo Horizonte: Fórum, p. 123-153, abr./jun. 2009; MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo – Direito Público*, nº 103, Belo Horizonte: Fórum, p. 17-28, set. 2009.

¹⁶ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. In: _____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251-324.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. vii-xviii; BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, nº 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006.

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-

A polêmica instaurada pela postura pretensamente “crítica” em relação ao princípio em tela acabou por balançar, em alguma medida, as estruturas teóricas que delinearam a feição contemporânea do Direito Administrativo brasileiro, imputando a pecha de autoritária a uma concepção que, desde sua origem, pretendia-se democrática. Com isso, reacendeu-se a discussão sobre uma matéria que já descansava remansosamente nas brumas do senso comum teórico da doutrina juspublicista. Aí está um aspecto positivo da oposição feita à norma da supremacia do interesse público: suscitou o debate acerca da sua configuração jurídica, impulsionando os pesquisadores da área a realizarem investigações mais aprofundadas sobre esse princípio.

No entanto, muito embora tenham sido produzidos recentemente diversos artigos e capítulos de livros com vistas à tratativa do tema, desde que ele voltou à tona, ainda carece a doutrina pátria de um estudo sistematizado acerca do princípio da supremacia do interesse público. Pela pesquisa bibliográfica efetuada, parece não haver sido publicada na literatura jurídica nacional uma obra monográfica sequer que analise especificamente esse princípio, apontando o contexto do seu surgimento, as diversas etapas do seu desenvolvimento teórico, suas raízes políticas, seu embasamento normativo e elucidando a sua estrutura e conteúdo jurídicos, o sentido que deve ser atribuído a cada um dos elementos que o compõem, bem como os limites

107, abr./jun. 2000; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009; COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público... Op. Cit.*, p. 239-265; FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público... Op. Cit.*, p. 307-346; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público... Op. Cit.*, p. 155-202; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público... Op. Cit.*, p. 267-305; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público... Op. Cit.*, p. 377-405; FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 39, Belo Horizonte: Fórum, p. 147-162, jun./mar. 2010.

de sua aplicação. Afigura-se premente, ademais, a necessidade de se apreciar a fundo cada uma das críticas que são desferidas ao princípio e que sugerem o seu sepultamento, para verificar se elas desfrutam de alguma procedência.

Demais disso, uma rápida referência a pelo menos três questionamentos é capaz de ilustrar a importância de se revisitar a problemática vertente. O primeiro deles diz respeito a uma eventual aceitação da ideia de que inexiste na ordem constitucional, nem mesmo implicitamente, um princípio que determine a prevalência do interesse público. Se estiver correto esse posicionamento, por que razão as prerrogativas outorgadas à Administração Pública, que autorizam a imposição unilateral de obrigações aos particulares e a alteração e extinção de relações jurídicas estabelecidas, devem ser consideradas conformes à Constituição? Qual seria o fundamento jurídico que as legitimaria? E os privilégios que muitas normas infraconstitucionais concedem ao Poder Público, dos quais não gozam os particulares, não seriam inconstitucionais por violação ao princípio da isonomia?

Uma segunda indagação que atesta a relevância de uma pesquisa mais atenta sobre o princípio da supremacia do interesse público é a seguinte: partindo-se da premissa de que a norma efetivamente exista, qual é o critério adotado para classificá-la como um princípio? Serão princípios as disposições mais fundamentais de um sistema²⁰? Ou serão as normas que impõem ordens *prima facie*, sujeitas a ponderação,²¹ e que não se aplicam pela lógica do “tudo ou nada”²²? A norma que institui a reserva legal em matéria penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) será um princípio, por residir no núcleo do sistema jurídico, ou será uma regra, por estabelecer um direito definitivo? E a supremacia do interesse público, a seu turno, determina uma relação de prevalência absoluta ou relativa? A norma pode ser afastada diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto?

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. *Revista de Direito Público*, nº 15, São Paulo: RT, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 70-71.

²² Modo de aplicação das regras jurídicas, segundo DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

A terceira pergunta que emerge nessa conjuntura consiste na extensão do conceito de interesse público: quais interesses estão englobados por essa locução? Apenas aqueles inerentes à coletividade como um todo? Os interesses dos indivíduos que recebem a proteção máxima do sistema constitucional na forma de direitos fundamentais, por representarem os valores mais essenciais de uma comunidade política, não seriam a mais legítima expressão do interesse público? Mas não é justamente à supremacia deste último sobre o interesse privado que se recorre para justificar a imposição de restrições a tais direitos, autorizando inclusive a sua substituição por um equivalente pecuniário, como no caso da desapropriação? Será então que estava certo Guillermo Andrés Muñoz, quando disse que o interesse público é como o amor, que embora possa ser sentido e não paire dúvidas sobre a sua existência, é incapaz de ser apreendido pelas estreitas amarras de uma definição²³?

A breve alusão a essas questões parece demonstrar que a controvérsia gerada pela parcela da doutrina brasileira que refuta a existência de um princípio constitucional da supremacia do interesse público prestou uma inquestionável contribuição ao Direito Administrativo pátrio: acenar para a necessidade de se discutir com maior detença os fundamentos e as formas de aplicação da referida norma.

Diante desse quadro, a presente dissertação erige como objetivos: (i) demonstrar a existência normativa e o assento constitucional do princípio da supremacia do interesse público no Direito brasileiro; (ii) explicar os fundamentos teóricos, políticos e jurídicos do princípio e a sua relevância para o Direito Administrativo; (iii) esclarecer os elementos que o compõem, seus contornos, seus limites e o seu modo de incidência; (iv) responder a todas as críticas que lhe são dirigidas, evidenciando pontualmente a improcedência de cada uma delas.

Para tanto, o trabalho se dividirá em duas partes. A Parte I, composta por dois capítulos, será dedicada a esboçar a configuração do princípio constitucional da supremacia do interesse público, precisando o seu significado jurídico e os traços que o caracterizam. No Capítulo 1 serão apresentados os fundamentos teóricos, políticos e

²³ MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 30.

normativos do princípio, no qual serão perquiridos o seu surgimento e evolução no pensamento doutrinário nacional (1.1), o modelo político que propiciou o seu reconhecimento (1.2.) e o embasamento normativo-constitucional que lhe proporciona sustentação (1.3.). Já a compostura jurídica do princípio, seus elementos constitutivos e a racionalidade que preside a sua aplicação constituirão o objeto do Capítulo 2, no qual se analisará os distintos conceitos de *princípio* que podem ser acolhidos para fundamentá-lo (2.1.), as diferentes noções de *interesse público* que o permeiam (2.1.) e o sentido da afirmação da *supremacia* do interesse público (2.3.).

Após a consolidação de tais premissas, o estudo se dirige, na Parte II, à avaliação das diversas críticas assacadas ao princípio da supremacia do interesse público, com o intuito de rebatê-las, uma a uma. O Capítulo 3 ocupa-se da pretensa impossibilidade de enquadrá-lo na categoria normativa de “princípio”, que se fundaria, segundo alguns autores, nos seguintes argumentos: (3.1.) ausência de assento constitucional e previsão normativa; (3.2.) carência de conteúdo jurídico próprio; e (3.3.) incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade e com a técnica da ponderação. O segundo grupo de rechaços, enfrentado no Capítulo 4, consubstancia a acusação de inutilidade prática do princípio. Serão então examinadas as alegações de: (4.1.) ausência de significação jurídica da norma em apreço, por conta de sua fluidez conceitual; (4.2.) indissociabilidade entre interesse público e interesses privados, que inviabilizaria a supremacia do primeiro; e de (4.3.) existência de uma pluralidade de interesses públicos, que impediria a aceitação da preponderância de um interesse público singular. Por fim, o Capítulo 5 analisa o suposto perigo de legitimação de práticas autoritárias que seria proporcionado pelo princípio, em razão dos seguintes motivos: (5.1.) desconsideração do indivíduo, diante da vinculação do princípio a concepções organicistas ou utilitaristas; (5.2.) contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais; (5.3.) utilização para o acobertamento de arbitrariedades do Poder Público, que seriam justificadas com base nas chamadas “razões de Estado”.

Antes de iniciar a empreitada, convém fazer um registro. Parte-se, nesta dissertação, do pressuposto de que as oposições de ideias divergentes, que incitam os debates acadêmicos, devem ser consideradas como impulsos para a produção (e não

mera reprodução) do conhecimento, e jamais como ataques pessoais. São justamente as discussões travadas sobre pontos dissonantes na doutrina e na jurisprudência que colaboram para o aperfeiçoamento do saber jurídico, de sorte que a formulação de críticas e, por sua vez, de respostas a elas, deve ser reputada como uma atitude extremamente positiva, e não como uma ofensa aos autores das lições que estão sendo objeto de questionamento. Por isso, as discordâncias que neste trabalho serão apresentadas ao pensamento de diversos juristas devem ser compreendidas tão-somente como discrepâncias teóricas, cabendo consignar, desde logo, o profundo respeito e admiração que o signatário deste estudo nutre pelos eminentes autores dos quais se irá dissentir.

PARTE I – A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A aplicação de qualquer princípio jurídico demanda que o intérprete compreenda adequadamente a sua configuração jurídica, verificando os fundamentos que lhe fornecem suporte no sistema normativo e identificando os elementos que o compõem. Do contrário, o manejo da norma principiológica tende a ser levado a efeito de forma equivocada. E a apreensão errônea do sentido que o ordenamento jurídico imprime ao princípio acaba por inquinar de nulidade os atos que forem com base nele praticados.

O princípio constitucional da supremacia do interesse público configura um claro exemplo disso. Não raras vezes, a Administração Pública e a jurisprudência lançam mão desse comando sem atentar-se para a correta inteligência do seu significado e para o conteúdo jurídico preciso que lhe é emprestado pelo Direito positivo. A própria doutrina – espaço onde o princípio foi pioneiramente construído – acaba por cometer confusões a seu respeito, por ignorar a conformação que lhe foi originariamente atribuída e destinar-lhe acepção diversa.

Por se tratar de um princípio implícito na ordem constitucional brasileira, e por carecer de maiores aprofundamentos teóricos no campo doutrinário, o mandamento da supremacia do interesse público reclama especial atenção. Em face da relevância normativa que costumeiramente lhe é outorgada, como “pedra angular” do conjunto de princípios e regras que presidem o Direito Administrativo,²⁴ e da sua ampla utilização como fundamento de atividades do Poder Público, faz-se imperativa uma análise minuciosa dos contornos jurídicos que lhe são delineados pelo sistema normativo nacional.

A primeira parte deste estudo dirige-se, nesse passo, a dois propósitos: (i) explicitar a fundamentação teórica, política e normativa do princípio em referência,

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 46.

demonstrando o *iter* do seu desenvolvimento doutrinário, a conjuntura política que propiciou o seu reconhecimento e a sua estatura constitucional no Direito brasileiro (Capítulo 1); (ii) esclarecer o significado e o conteúdo jurídicos desse princípio, através do exame detido dos componentes que formam parte da sua compostura jurídica (Capítulo 2).

CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, POLÍTICA E NORMATIVA DO PRINCÍPIO

O primeiro passo a ser dado para entender a arquitetura de um determinado princípio jurídico consiste em investigar os seus fundamentos. São esses que irão indicar a sua gênese, a fonte normativa da qual ele emana, as razões políticas que justificaram a sua inserção no arcabouço jurídico de determinado Estado, a sua essência e significação em cada momento histórico. Não há, por exemplo, como se esboçar o perfil do princípio da legalidade administrativa sem compreender as circunstâncias políticas que levaram à sua afirmação no final do século XVIII²⁵, as teorias iluministas que serviram de base para a sua explicação²⁶, as transformações sociais que repercutiram na ampliação do seu conteúdo²⁷, entre tantos outros aspectos.²⁸

Nessa linha, a delimitação da configuração jurídica do princípio constitucional da supremacia do interesse público impõe, preambularmente, a perquirição dos seus alicerces teóricos, políticos e normativos, os quais constituem premissas para que se possa afiançar o seu *status* de princípio jurídico no Direito positivo brasileiro, especificar o seu conteúdo jurídico e os seus elementos constitutivos, além de explicitar a sua forma de incidência nos casos concretos.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. *passim*.

²⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. La Administración y la Ley. *Revista de Administración Pública*, nº 6, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 125-142, sep./dic. 1951. p. 125-128; GARRIDO FALLA, Fernando. Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley. *Revista de Administración Pública*, nº 128, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-22, mayo/ago. 1992. p. 10-14.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Principio de legalidad: Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-62, ene./abr. 1984. p. 20-24.

²⁸ A propósito da temática, ver: MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197-229.

A exposição dessa fundamentação revela-se ainda mais imperiosa pelo fato de se tratar de um princípio de natureza implícita, que não se depreende de maneira expressa do texto constitucional, e cuja identificação no emaranhado das malhas jurídicas brasileiras decorreu do trabalho da doutrina. Demais disso, o surgimento de posições contrárias à aplicação do princípio em questão, que chegam a sustentar a sua inexistência na ordem constitucional pátria, exige uma acurada exploração dos alicerces que lhe oferecem supedâneo.²⁹

Esse é o objetivo deste primeiro capítulo, no qual se buscará: (1.1.) demonstrar a origem e o desenvolvimento teórico do princípio da supremacia do interesse público na doutrina brasileira; (1.2.) identificar a sua fundamentação política, através da análise de distintos modelos de relação entre interesse público e interesse privado; (1.3.) apontar o seu embasamento normativo-constitucional na ordem jurídica brasileira.

1.1. Origem e desenvolvimento teórico do princípio na doutrina brasileira

Diversamente de outros princípios jurídicos, reconhecidos de longa data no sistema normativo brasileiro, a supremacia do interesse público foi afirmada como norma jurídica norteadora do regime jurídico-administrativo a partir de construções doutrinárias, delineadas ao final da década de 1960. Sem embargo de outras referências presentes na doutrina, que já faziam alusão à ideia de prevalência do interesse público sobre o interesse particular, foi somente com as teorizações formuladas por Celso Antônio Bandeira de Mello que a supremacia do interesse público restou identificada como um princípio jurídico, ganhando sustentação específica mediante argumentação dotada de rigor científico (1.1.1.).

Após a formulação originária, lançada em um artigo publicado em 1967³⁰, o autor desenvolveu sua teoria em escritos posteriores, incorporando as significativas

²⁹ O exame de tais posições será empreendido na Parte II deste trabalho, que recebe o título “A improcedência das críticas ao princípio constitucional da supremacia do interesse público”.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, nº 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.

inovações normativas promovidas pelo advento da Constituição de 1988, mas sempre seguindo com fidelidade a linhas que presidiram a sua proposta originária (1.1.2.).

As ideias de Celso Antônio Bandeira de Mello encontraram ampla acolhida na doutrina brasileira, de sorte que a referência ao princípio em epígrafe passou a se tornar quase que obrigatória nos cursos e manuais de Direito Administrativo no Brasil, haja vista a vastíssima recepção que a ideia alcançou no pensamento jurídico pátrio. A jurisprudência passou, igualmente, a avalizar a existência e a normatividade do princípio, empregando-o com frequência como fundamento para decidir, fato que conduziu à sua consagração como norma dedutível do sistema jurídico brasileiro (1.1.3.).

Ocorre que a adoção do princípio por parcela da doutrina e da jurisprudência operou-se, por vezes, de forma equivocada, afastando-se da elaboração inicialmente edificada por Celso Antônio e desvirtuando o seu sentido. Trata-se da aplicação irrefletida e descompromissada do princípio, que ignora os alicerces que efetivamente lhe oferecem sustentação.

Cumprir analisar essa trilha que caracterizou a gênese e o desenvolvimento do princípio da supremacia do interesse público como ponto de partida para, num segundo momento, traçar os seus fundamentos jurídicos no sistema normativo brasileiro contemporâneo.³¹ Adverte-se que, tendo por escopo a análise minuciosa da construção doutrinária atinente ao princípio em tela, o presente item (1.1.) ostenta natureza eminentemente descritiva, em razão da pretensão de reproduzir com fidelidade as manifestações teóricas dos autores sobre a temática.

1.1.1. Antecedentes doutrinários e a formulação originária de Celso Antônio Bandeira de Mello

Antes de vir a lume a concepção delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio sob exame, configurando proposta efetivamente inovadora e entalhada sob uma perspectiva científica, já era possível identificar de maneira esparsa

³¹ Em especial no item 1.3. e no Capítulo 2.

algumas referências doutrinárias à ideia de que o interesse privado deveria ceder passo ao interesse público.

Ainda que não se possa afirmar que tais autores sustentassem realmente a existência de uma norma jurídica que determinasse a supremacia do interesse público sobre o privado, impende mencionar algumas manifestações de publicistas brasileiros no sentido de que os interesses privados, nos limites determinados pela lei, devem submeter-se aos interesses da coletividade.

É o caso de Aarão Reis, que em 1923 sustentava que: “o Direito Administrativo impõe, assim, frequentemente, aos mais respeitáveis interesses privados individuais – em benefício do interesse público coletivo – ônus bem pesados e sacrifícios, mesmo, dos mais penozos...”³². Ao seu turno, Themístocles Brandão Cavalcanti, em 1936, identificava que a finalidade do Estado era a “de zelar, não só pelo interesse individual, mas principalmente pelos interesses colectivos, que se sobrepõem a todos os demais”³³. O autor reconhecia a necessidade de prevalência dos interesses da coletividade como fundamento para legitimar a concessão de privilégios ao Poder Público, no manejo dos atos administrativos: “Os privilégios que lhe têm sido conferidos [ao ato administrativo] não podem ser considerados excessivos, porque correspondem aos graves onus que sobre elle pesam, na defeza e protecção dos interesses collectivos”³⁴.

Em 1943, Tito Prates da Fonseca assevera que “a precedência do interesse público sobre o privado é princípio verdadeiro; mal trabalhado, no entanto, pode conduzir à lesão de direitos individuais ou a contorsão de direitos da Administração pública”³⁵. O administrativista, partindo da diferença entre direito e interesse, sugere uma classificação da tutela jurídica dos interesses individuais em face do interesse público, adotando o pressuposto de que em matéria de Direito Público “a proteção dos interesses apresenta diversos graus e figuras, das quais o direito subjetivo é a mais

³² REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas-Boas & Cia., 1923. p. 32.

³³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 204.

³⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Idem*, p. 204-205.

³⁵ FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 328.

perfeita”³⁶. Assim, de acordo com suas lições, o cidadão poderia ostentar as seguintes posições jurídicas em face da Administração:

(a) *direitos subjetivos individuais*, que em regra são convergentes e compatíveis com o interesse público, “uma vez que a manutenção dos direitos dos indivíduos é o interesse primacial da coletividade”³⁷;

(b) *direitos condicionados*, que configuram direitos subjetivos perfeitos “até que sobrevenha o interesse público a exigir a sua mutação”³⁸, como no caso do direito de propriedade diante da necessidade de desapropriação: são direitos cujo exercício é condicionado ao interesse da coletividade;

(c) *interesses ocasionalmente protegidos*, presentes nas situações em que a norma jurídica tutela um interesse geral (v.g., segurança geral, higiene e saúde públicas, etc.) e acaba beneficiando, por acaso, um interesse do indivíduo, que é satisfeito não diretamente, mas através da realização do interesse público;

(d) *interesses simples*, representados pelos interesses “de todos os cidadãos na boa execução de uma norma de interesse público, na boa marcha dos negócios administrativos”³⁹: o indivíduo não titulariza um direito subjetivo, não podendo exigir em seu favor uma contraprestação;

(e) *interesses legítimos*, que exsurtem nas hipóteses em que a Administração concede ao indivíduo o exercício de uma faculdade, “cabendo-lhe, todavia, o poder discricionário de aquilatar essas prestações quando se defrontem com o interesse público”, como nos casos de autorização para exploração de certas atividades: perante terceiros, trata-se de um direito subjetivo, mas “frente à Administração são *interesses legítimos*, condicionados ao interesse público e a juízo da autoridade”⁴⁰.

A classificação de Tito Prates da Fonseca demonstra o reconhecimento, por parte do autor, da existência de um “enfraquecimento da tutela jurídica dos interesses individuais em face do interesse público intercedente”, reputando tal fenômeno como

³⁶ FONSECA, Tito Prates da. *Idem, Ibidem*.

³⁷ FONSECA, Tito Prates da. *Idem*, p. 329.

³⁸ FONSECA, Tito Prates da. *Idem*, p. 330.

³⁹ FONSECA, Tito Prates da. *Idem*, p. 332.

⁴⁰ FONSECA, Tito Prates da. *Idem*, p. 333.

“ponto basilar do direito administrativo moderno”⁴¹. Para o administrativista, ainda que na maior parte dos casos os direitos subjetivos individuais guardem uma relação harmônica com o interesse público, a precedência deste último justifica em algumas situações a redução da proteção jurídica outorgada aos interesses individuais, que acabam cedendo ao interesse geral.

Caio Tácito, em artigo publicado no ano de 1952 sob o título “O poder de polícia e seus limites”⁴², faz também alusão à ideia de que os interesses privados devem se submeter aos interesses da coletividade. Observa que no modelo liberal de Estado, marcado pelo individualismo, competia à Administração um papel negativo, cabendo-lhe exercer a sua autoridade apenas para evitar a perturbação da ordem pública e assegurar o exercício das liberdades. Em seguida, sinaliza que, com a acentuação das desigualdades entre os indivíduos, sobretudo por conta do abuso do poder econômico, avultou a feição intervencionista do Estado, compelindo o Poder Público a agir “em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes”⁴³.

O autor ressalta, então, que o poder de polícia constitui o mecanismo primordial do Estado para disciplinar e conter os interesses individuais, sujeitando à ação coercitiva e ao controle estatais uma significativa parcela da iniciativa privada. Reconhecendo à Administração um papel “amplo e ativo na promoção do bem estar geral”⁴⁴, Caio Tácito fornece o seu conceito de poder de polícia nos seguintes termos: “conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”⁴⁵. E destaca que essa prerrogativa administrativa não é atentatória contra a legalidade, justamente pelo fato de que “é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a *supremacia dos interesses da coletividade*”⁴⁶.

⁴¹ FONSECA, Tito Prates da. *Idem*, p. 328.

⁴² TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*, nº 27, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11, jan./mar. 1952.

⁴³ TÁCITO, Caio. *Idem*, p. 2.

⁴⁴ TÁCITO, Caio. *Idem*, p. 3.

⁴⁵ TÁCITO, Caio. *Idem*, p. 8.

⁴⁶ TÁCITO, Caio. *Idem*, *Ibidem* (grifei).

Afora tais posicionamentos, merece registro a referência constante na obra de Hely Lopes Meirelles. Na primeira edição de seu “Direito Administrativo Brasileiro”, de 1964, no capítulo dedicado à “Interpretação do Direito Administrativo”, o autor indicava a necessidade de desenvolvimento de regras próprias para a interpretação e a aplicação desse ramo jurídico, que fossem consonantes às suas especificidades e se distinguíssem da hermenêutica do Direito Privado. Sugere, então, o manejo de três pressupostos para tal finalidade: “1.º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2.º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3.º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração realizar seus fins”⁴⁷.

Ao explicar o primeiro deles, sustenta que se o Direito Privado se baseia na igualdade entre as partes que compõem a relação jurídica, o Direito Público assenta-se em princípio contrário: “o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais”. Reconhece essa desigualdade como fundamento para a outorga de privilégios e prerrogativas para a Administração Pública, que devem ser levados em conta pelo intérprete do Direito Administrativo. Defende, então, que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer êste, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*”⁴⁸. Por referir-se a uma permanente prevalência do *interesse* da comunidade sobre o *direito* do indivíduo, essa última passagem da obra de Hely Lopes Meirelles acabou ensejando graves confusões no que diz respeito à aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

Em que pese a ocorrência de pontuais menções à noção de supremacia do interesse público sobre o privado, a elaboração teórica do princípio em questão, na forma como é conhecido contemporaneamente, só emerge no ano de 1967, quando Celso Antônio Bandeira de Mello publica na *Revista de Direito Público* o artigo intitulado “O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico”⁴⁹. No estudo, o autor apontava, já na introdução, a carência de uma

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964. p. 20.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*, p. 21.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, nº 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.

proposta científica ordenada e sistematizada que se debruçasse de modo detido e aprofundado à temática do regime jurídico-administrativo, explicitando os princípios e subprincípios norteadores da racionalidade do Direito Administrativo.

Buscando iniciar o preenchimento dessa lacuna no corpo do conhecimento, Celso Antônio propõe-se a identificar os principais elementos que, naquele momento, presidiam esse ramo jurídico, como forma de lhe emprestar autonomia científica e conferir rigor metodológico ao seu estudo. Para tanto, e lastreado nas lições de Geraldo Ataliba, o administrativista assinala a urgência de se explicitar os componentes que outorgam sentido lógico ao Direito Administrativo, formando uma composição harmônica e coerente, capaz de ser reconhecida como um sistema.

Trata-se da posição segundo a qual todo saber científico deve desenvolver-se a partir de uma noção-base, a partir da qual se extraem desenvolvimentos lógicos aptos a formar um sistema integrado de conhecimentos. Segundo Luis de la Morena y de la Morena, na Matemática essa ideia-matriz é representada pelos números; na Biologia, pela célula; na Química, pelo átomo; e, no Direito Administrativo, pelo interesse público⁵⁰. Celso Antônio Bandeira de Mello não resume o núcleo deste capítulo do saber jurídico ao interesse público, ainda que lhe imprima destacada relevância: para o autor, a noção-chave capaz de explicar a racionalidade do Direito Administrativo é o complexo de normas peculiares que lhe regem e orientam a sua intelecção.

O regime jurídico-administrativo é, então, por ele erigido como categoria jurídica central desse sistema, retratando o “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”⁵¹. Tal conjunto normativo, que daria identidade a essa disciplina jurídica e a peculiarizaria frente às demais, estaria caracterizado por duas “pedras angulares”⁵²: (i) o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*; e (ii) o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*. Destaque-se que, ao propor a adoção de tais

⁵⁰ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983. p. 847.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 44.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 46.

princípios como “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, o jurista já ressaltava, desde logo, “inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto. Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável”⁵³.

Ao referir-se ao primeiro deles – (i) *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* – Bandeira de Mello expende as seguintes considerações, em passagem que posteriormente tornou-se multicitada pela doutrina administrativista brasileira:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dêle sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento dêste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados⁵⁴.

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o autor deduz duas relevantes consequências jurídicas. A primeira delas consiste na (a) *posição privilegiada* que ostentam os entes incumbidos de tutelar os interesses públicos. Ela se revela através dos diversos benefícios outorgados pelo ordenamento jurídico a esses entes, como forma de permitir um melhor desempenho na tarefa de satisfazer os interesses da coletividade. Como exemplos de tais privilégios, são mencionados, dentre outros: a presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos, os prazos maiores para manifestação processual, os prazos especiais para a prescrição das pretensões dirigidas contra o Poder Público, etc.

A segunda consequência que o jurista supracitado extrai do princípio da supremacia do interesse público diz respeito à (b) *posição de supremacia* desfrutada pelos órgãos públicos nas relações travadas com os particulares. Cuida-se do patamar superior em que se situa a Administração Pública frente aos sujeitos privados, como condição necessária à adequada gestão dos interesses públicos. Dessa posição de autoridade derivaria a possibilidade jurídica de o Poder Público impor unilateralmente

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 45-46.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 47.

comportamentos aos particulares, ainda que sem o seu consentimento, e de alterar unilateralmente relações jurídicas já estabelecidas⁵⁵.

Celso Antônio relaciona esse segundo efeito jurídico decorrente do princípio da supremacia do interesse público – (b) *posição de supremacia* – ao poder de polícia, aduzindo que deste último advém “a prerrogativa de conformar o interesse privado aos interesses públicos, limitando ou condicionando o exercício daquele em função da supremacia destes últimos”. O autor destaca, no entanto – e a ressalva é fundamental –, que o exercício desse poder “pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita”⁵⁶. Ou seja: ainda que a Administração Pública goze de tal prerrogativa, de constituir unilateralmente os particulares em obrigações e de modificar de maneira unilateral relações jurídicas consolidadas, tal atividade se dará sempre nos termos e nos limites da legalidade.

A conjugação dessas duas consequências jurídicas oriundas do princípio da supremacia do interesse público – (a) *posição privilegiada* e (b) *posição de supremacia* da Administração – resultaria, segundo o autor, na exigibilidade e na executoriedade dos atos administrativos, bem como na possibilidade de desfazimento unilateral desses atos, seja através da revogação, seja mediante a anulação. Todavia, Bandeira de Mello sublinha de forma expressa que todas essas decorrências (poder de polícia, exigibilidade dos atos administrativos, autotutela, etc.) estão submetidas a “limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em normas que os consagram”⁵⁷.

⁵⁵ No Direito Administrativo argentino, Miriam M. Ivanega oferece os seguintes exemplos de prerrogativas da Administração que se justificam pela necessidade de realização do interesse público e dos próprios direitos fundamentais: presunção de legitimidade dos atos administrativos, auto-executoriedade, anulação por motivos de ilegitimidade, revogação por oportunidade ou conveniência, regime privilegiado de contratos e bens públicos, prazos prescricionais reduzidos para demandar contra o Estado, maior prazo para cumprir com ônus processuais, etc. IVANEGA, Miriam M. Derecho administrativo y régimen exorbitante de derecho privado. In: Julio Pablo Comadira; _____ (Coords.) *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 65-66.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 48.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, *Ibidem* (grifei).

Essa última observação é de extrema importância para deixar claro que, desde a construção inicial do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o jurista já realçava que todos os efeitos jurídicos dele decorrentes estavam sujeitos a restrições especiais, encontráveis no próprio ordenamento jurídico-positivo, só podendo servir ao alcance das finalidades públicas estampadas nas normas jurídicas que habilitaram à Administração o exercício dessas prerrogativas.

Note-se que toda essa fundamentação representa tão-somente uma parcela da explicação do conteúdo do regime jurídico-administrativo. Isso porque, lado a lado com o princípio da supremacia, o autor identifica como alicerce desse regime o (ii) *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*. Se o primeiro outorga prerrogativas especiais à Administração, que lhe permitam a adequada persecução do interesse público, o segundo funciona como um contrapeso, determinando que tal interesse não se encontra à livre disposição do administrador, razão pela qual lhe é imposto um feixe de sujeições, destinado a afivelar a atividade administrativa a uma finalidade cogente legalmente estipulada⁵⁸.

Calcado nos ensinamentos de Ruy Cirne Lima, de que se no âmbito privado prevalece a vontade, na esfera pública predominam o dever e a finalidade, Celso Antônio enuncia a indisponibilidade dos interesses públicos como um segundo princípio reitor do regime jurídico-administrativo, consoante o qual os interesses da coletividade, cuja tutela incumbe à Administração Pública, “*não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para êste, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”⁵⁹. O conteúdo essencial subjacente a essa norma consiste na impossibilidade de o agente público atuar livremente, e na sua consequente submissão ao dever de realização das finalidades cogentes que lhe são encomendadas pelo ordenamento jurídico.

À época – ano de 1967 – o autor extraía do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos os seguintes desdobramentos principiológicos: (a) legalidade (e responsabilidade do Estado, como decorrência lógica); (b) obrigatoriedade do

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 49.

desempenho da atividade pública; (c) controle administrativo ou tutela; (d) isonomia ou igualdade dos administrados perante a Administração; (e) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos⁶⁰. Todos eles, cada qual a sua maneira, traduziriam mecanismos hábeis a compelir o administrador público à satisfação dos interesses da coletividade, afastando comportamentos personalistas ou vinculados a manifestações de sua vontade própria, e direcionando-o à consecução do interesse público.

Uma vez verificada a construção originária apresentada por Celso Antônio, releva notar que, ao identificar o regime jurídico-administrativo como uma categoria jurídica básica, que caracteriza a essência do Direito Administrativo, o autor já renunciava a constitucionalização – e consequente democratização – desse ramo jurídico, ao expor a sua crença de que “o progresso do direito administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade”, bem como “*da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade*”⁶¹.

Essa passagem do texto de Celso Antônio Bandeira de Mello, aparentemente despercebida ou ignorada pelos críticos da supremacia do interesse público⁶², faz espargir a inafastável inferência de que: (i) ao propor a construção de um núcleo categorial do Direito Administrativo a partir de um feixe de princípios que lhe são inerentes, e (ii) apontando a pretensão de, a partir dessa sistematização, impulsionar o progresso desse ramo jurídico e influenciar as suas futuras tendências, (iii) o administrativista estava, na égide dos anos de chumbo e na contramão do autoritarismo reinante no país, semeando o papel central dos princípios inerentes ao Direito

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 45 (*grifos no original*).

⁶² Sobre as críticas ao princípio da supremacia do interesse público, bem como as suas possíveis refutações, ver a Parte II deste trabalho, intitulada “A improcedência das críticas ao princípio constitucional da supremacia do interesse público”.

Administrativo, muitos dos quais viriam a se constitucionalizar em 1988 com a “Constituição-cidadã”⁶³.

A afirmação acima exposta explica-se pelo fato de que o autor deixa claro, no ensaio ora apreciado, que a relação de princípios orientadores do Direito Administrativo por ele indicada não se pretende exaustiva, retratando apenas um intento inicial de sistematização⁶⁴. Admite expressamente a possibilidade de identificação de outros princípios jurídicos específicos desse ramo do Direito, e registra que as transformações operadas no sistema normativo implicam, também, mudanças no regime jurídico-administrativo. Assim, conquanto se mantenha a estrutura da proposta conceitual de Celso Antônio em relação a esse conjunto de princípios e regras que disciplinam o Direito Administrativo, o seu conteúdo varia de acordo com as alterações do ordenamento jurídico, conforme se observará adiante (1.1.2).

Antes de avançar no estudo do desenvolvimento da construção teórica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, importa identificar a matriz ideológica que subjaz a essa elaboração inicial de Celso Antônio Bandeira de Mello. Sabe-se que o Direito Administrativo, como disciplina jurídica autônoma, recebeu ampla influência da doutrina e da jurisprudência francesas. Em suas origens, duas noções distintas foram propostas como ideias-chave para explicar a sua racionalidade: a *puissance publique* e o serviço público⁶⁵.

⁶³ Expressão cunhada por Ulysses Guimarães, Presidente pela Assembleia Nacional Constituinte responsável pela elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.” GUIMARÃES, Ulysses. *A Constituição Cidadã*. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em 10 ago. 2010.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 56 e 61.

⁶⁵ Sobre tais critérios, ver: CHAPUS, René. Le service public et la puissance publique. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v 84, nº 1-3, Paris: LGDJ, p. 235-282, jan./juin 1968.

A Escola da *puissance publique*, desenvolvida no século XIX⁶⁶, utilizava como critério-base para explicar o Direito Administrativo a distinção entre: (i) as *atividades de autoridade*, exercidas pelo Estado nas hipóteses em que seus órgãos empregavam “ordens, proibições, regulamentações unilaterais”, manifestando uma “vontade de comando” sobre os particulares; e (ii) as *atividades de gestão*, realizadas em posição de igualdade com os cidadãos e submetidas às regras de Direito Privado⁶⁷. Ao praticar as primeiras, o Estado estaria exercendo “atos de *puissance publique*” ou “atos de autoridade”, os quais se submeteriam a um regime jurídico exorbitante do Direito comum⁶⁸, que autorizaria a Administração a utilizar um poder de comando em face dos particulares.

O Direito Administrativo incidiria justamente nessas atividades, e sua racionalidade poderia ser explicada a partir da noção de *puissance publique*. A tônica dessa corrente de pensamento, portanto, é conferida aos poderes especiais ostentados pelo Poder Público. Essas prerrogativas exorbitantes, cujo manejo se justificaria por conta da posição de superioridade do Estado frente aos particulares, traduziriam a ideia matriz do Direito Administrativo. É a posição de Maurice Hauriou, para quem “a base do direito administrativo é a atividade da *puissance publique*”⁶⁹.

Contra essa vertente, insurgiu-se a Escola do serviço público (também conhecida como Escola de Bordeaux⁷⁰), inaugurada por Léon Duguit. O autor propõe-se a explicar “Por que desaparece o sistema de direito público fundado na noção de *puissance publique*”⁷¹, sustentando a sua substituição pelo conceito de serviço público. Argumenta que enquanto as tarefas do Estado limitavam-se aos serviços de guerra, de polícia e de justiça, era compreensível que a sua regulação jurídica se explicasse pelas

⁶⁶ De acordo com André de Laubadère, essa teoria foi compartilhada pelos principais autores do século XIX: Batbie, Ducrocq, Aucoc, Laferrière e Berthélemy. LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. t. I. 3. ed. Paris: LGDJ, 1963. p. 39.

⁶⁷ LAUBADÈRE, André de. *Idem*, p. 38-39.

⁶⁸ VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 27.

⁶⁹ HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 1.

⁷⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 19.

⁷¹ Capítulo I da obra DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 2-32.

ideias de soberania estatal e *puissance publique*. No entanto, em razão das transformações que afetaram as relações entre Estado e cidadão na segunda metade do século XIX, as necessidades de interesse geral passaram a demandar do Poder Público não apenas a manutenção da ordem pública, mas também a organização da vida econômica, social e cultural da coletividade, compelindo-o a “fornecer ensino, prestar assistência aos indigentes, assegurar transporte às pessoas e às coisas”⁷².

Essas atividades de prestação oferecidas pelo Estado à coletividade, para satisfação das necessidades de interesse geral⁷³, configurariam serviços públicos, atividade cuja característica principal não seria o *poder* de comando da Administração, mas sim o *dever* de agir em prol da sociedade. Tal concepção, de Administração Pública vinculada ao dever de realização dos anseios sociais, é considerada por Duguit como uma perspectiva mais apta a legitimar a existência do Estado e, por sua vez, do Direito Público. Esse ramo jurídico, na visão do autor, deixa de ser “um conjunto de regras aplicáveis a uma pessoa soberana (...) investida do direito subjetivo de comandar” e passa a ser “um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram seu funcionamento regular e ininterrupto”⁷⁴. A adoção do serviço público como noção matricial do Direito Administrativo é compartilhada por vários de seus discípulos, tais como Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland e André de Laubadère⁷⁵.

Muito embora ambas as Escolas considerem relevantes tanto o critério da *puissance publique* quanto o do serviço público para a definição do Direito Administrativo, a primeira dá ênfase às *prerrogativas* que detém a Administração em sua relação com os particulares, enquanto a segunda realça a *obrigação* do Estado de servir às necessidades da coletividade. Na síntese de Jacqueline Morand-Devillier, a Escola da *puissance publique* “é uma doutrina de *meios*: a administração utiliza procedimentos diferentes daqueles dos particulares para cumprir suas missões”, ao

⁷² DUGUIT, Léon. *Idem*, p. 31.

⁷³ Tais como “educação, assistência, ferrovias, distribuição local de gás, de eletricidade, etc”. LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 41.

⁷⁴ DUGUIT, Léon. *Op. Cit.*, p. 52.

⁷⁵ Cf.: DUPUIS, Georges ; GUÉDON, Marie-José ; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris : Dalloz, 2007. p. 11.

passo que a Escola do serviço público “é uma doutrina de *fins*: a atividade de serviço público tem por objetivo o interesse geral”⁷⁶.⁷⁷

À primeira vista, a concepção de supremacia do interesse público sobre o interesse privado constante do pensamento de Bandeira de Mello poderia parecer mais afinada à corrente da *puissance publique*, por radicar-se, em certa medida, na premissa de que a Administração Pública ostenta prerrogativas que autorizam a imposição de condutas unilaterais aos particulares. No entanto, uma análise mais acurada dos fundamentos teóricos por ele utilizados para dar supedâneo às suas afirmações leva a conclusão diversa.

Como observou Weida Zancaner, ao versar sobre a formação jurídica de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Léon Duguit, o idealizador do Estado como um ente prestador de serviços públicos, teve também influência em seu pensamento jurídico”⁷⁸. Na obra de Celso Antônio, no tópico dedicado às bases ideológicas do Direito Administrativo, o jurista lamenta a difusão de uma concepção autoritária dessa disciplina jurídica, que a encara “como um ramo do direito aglutinador de ‘poderes’ desfrutáveis pelo Estado *em sua feição administrativa*, ao invés de ser considerado como (...) um conjunto de limitações aos poderes do Estado”, ou como “um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados”⁷⁹. Identifica, então, como causa dessa compreensão, a corrente francesa que erigiu a *puissance publique* como matriz explicativa do Direito Administrativo, concebendo-o como “um direito armado ao propósito de investir o Estado, os detentores do Poder, na posse de um instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados”⁸⁰.

⁷⁶ É o que se depreende do pensamento de André de Laubadère, quando enfatiza que “o elemento essencial na definição do serviço público é a noção de *interesse geral*, de *bem do público a satisfazer*”. LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 40.

⁷⁷ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Op. Cit.*, p. 19.

⁷⁸ ZANCANER, Weida. Prefácio – Homenagem ao Pensamento Jurídico de Celso Antônio. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 12.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 44.

Logo após, o autor louva o surgimento da Escola do serviço público, fundada por Léon Duguit, que inverteu a racionalidade própria da Escola da *puissance publique*, substituindo a noção chave do Direito Administrativo pelo conceito de serviço público. Aponta que essa concepção refutou o prisma autoritário da anterior, e propôs, de modo contrário, uma perspectiva baseada “na convicção de que o Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender as necessidades gerais, sendo elas – só elas – as justificativas para o exercício da autoridade”⁸¹.

Nada obstante a existência de divergências técnico-jurídicas entre suas ideias e as lições de Duguit a respeito do conceito de serviço público, que se embasavam em uma visão sociológica do Direito, Celso Antônio reconhece que “é desnecessário coincidir com tal perspectiva para apreciar os méritos e a rentabilidade teórica dessa inversão que ele faz no eixo metodológico do Direito Administrativo”⁸². Portanto, resta inequívoco que os posicionamentos de Bandeira de Mello aproximam-se muito mais da noção de Estado como entidade posta a serviço dos interesses gerais da sociedade, ínsita ao pensamento de Duguit e de seus discípulos, do que da concepção inerente à Escola da *puissance publique*.

A assertiva torna-se evidente quando se verifica que, na formulação do autor, a tônica é conferida à supremacia do *interesse público* sobre o *interesse privado*, e não à supremacia do Estado sobre os cidadãos. Como se verá no próximo subitem (1.1.2), o jurista, ao desenvolver sua teoria, busca evidenciar ao máximo que o aludido princípio não determina a supremacia dos *interesses do Estado* sobre os *direitos do cidadão*, mas sim a prevalência dos legítimos interesses da coletividade sobre aqueles exclusivamente particulares, e que as prerrogativas atribuídas pelo ordenamento jurídico ao agente público não retratam simples *poderes*, mas sim meios que lhe possibilitem o cumprimento de *deveres* estabelecidos pelo sistema normativo. Esse posicionamento guarda afinidade com o ideário sustentado pela Escola de serviço público, que buscou radicar a explicação do Direito Administrativo na noção de

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 45.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, *Ibidem*.

serviço público, como forma de acentuar o caráter instrumental e serviente da Administração Pública aos interesses da coletividade⁸³.

No ensaio de Celso Antônio Bandeira de Mello, de 1967, percebe-se que o autor se baseia declaradamente no pensamento de Gaston Jèze, discípulo de Duguit, para formular o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em nota de rodapé, afirma o autor que na obra de Jèze “se encontra expressa menção ao princípio de que ‘o interesse particular deve ceder ante o interesse geral’ (...) Em outras palavras está aí expresso, e claramente, o princípio da supremacia do interesse público”⁸⁴. E de fato, a análise da obra citada por Bandeira de Mello não deixa dúvida quanto à referência feita por Gaston Jèze ao princípio em comento.

Na vertente que erigiu o *serviço público* como pedra angular do Direito Administrativo, buscando uma concepção de Administração Pública fundada mais na satisfação dos anseios sociais do que na sua soberania (distintamente do que fazia a Escola da *puissance publique*), é possível encontrar uma elaboração expressa e claríssima da prevalência do interesse público sobre o privado. Gaston Jèze, ao afirmar que o Estado, para satisfazer necessidades de interesse geral, deveria adotar um procedimento técnico de direito público, esclarecia que “estas regras jurídicas, estas teorias jurídicas especiais, como também os procedimentos do direito público, convergem a esta ideia essencial: o interesse particular deve ceder ante o interesse geral”⁸⁵.

Assevera então que o procedimento técnico de direito público, ao qual devem se submeter os serviços públicos, tem o seu fundamento na desigualdade dos interesses em conflito, de modo que “o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Este é o princípio dominante, e já não é necessário que a lei haja feito

⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Apresentação. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 55, nota de rodapé nº 24.

⁸⁵ JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Libro II: La noción de servicio público. Los agentes de la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 5.

referência a ele, expressamente, para tal ou qual interesse público”⁸⁶. Em última análise, o que Jèze considerava como procedimento de direito público nada mais era do que aquilo que Celso Antônio denominou de regime jurídico-administrativo: um conjunto de “regras especiais [que] (...) se caracteriza pela subordinação dos interesses privados ao interesse geral”⁸⁷.

A menção à prevalência do interesse público sobre o privado encontra-se presente também na obra de outro discípulo de Léon Duguit: André de Laubadère. O administrativista, tratando da autonomia do Direito Administrativo, afirma que, em determinadas situações, a “regra de direito administrativo” é radicalmente distinta da “regra de direito privado”, como nos casos em que ela outorga prerrogativas de coerção à Administração Pública⁸⁸. Explica, então, que “a razão geral dessa diferença é que a primeira é animada pela consideração da primazia do interesse geral, a segunda pelo equilíbrio entre os interesses privados”⁸⁹.

Frise-se que com isso não se está sugerindo que Bandeira de Mello filie-se à Escola de Bordeaux, acolhendo o serviço público como noção central para explicar o Direito Administrativo, até porque o autor refuta expressamente a adoção de um critério único para caracterizar a lógica desse ramo jurídico.⁹⁰ A similaridade do seu pensamento com a referida Escola não se dá no plano metodológico⁹¹, mas sim no âmbito ideológico.

Essa proximidade do pensamento jurídico de Celso Antônio Bandeira de Mello com os alicerces ideológicos da Escola do serviço público, que se deixa transparecer

⁸⁶ JÈZE, Gaston. *Idem*, p. 6.

⁸⁷ JÈZE, Gaston. *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁸ Tais como o “poder de impor aos administrados prescrições obrigatórias (poder regulamentar)”, o “poder de constranger os particulares a fornecerem prestações (expropriação, requisição, tributação)” e o “poder de infligir em certas condições aos administrados sanções «administrativas»”. LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 35.

⁸⁹ LAUBADÈRE, André de. *Idem*, *Ibidem*.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 45-46

⁹¹ No tocante ao aspecto metodológico do Direito Administrativo, concernente à explicação dos fundamentos que conferem organicidade a essa disciplina jurídica, a proposta do autor parece aproximar-se das lições de Jean Rivero, conforme se verá mais adiante neste Capítulo, no item 1.3, subitem “1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”.

desde a sua formulação originária do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, avulta com maior intensidade quando o autor desenvolve a sua teoria em escritos posteriores, mormente após a Constituição brasileira de 1988, consoante se verá a seguir.

1.1.2. O desenvolvimento da teoria

Em sua tese de livre-docência, publicada em 1968 sob o título “Natureza e regime jurídico das autarquias”⁹², bem como na primeira edição de sua obra “Elementos de Direito Administrativo”⁹³, datada de 1980, Bandeira de Mello reproduz as suas ideias acerca do regime jurídico-administrativo e do princípio da supremacia do interesse público, lançadas pioneiramente em 1967, sem aditar-lhes novas considerações.

Seguindo as premissas indicadas em seu estudo inicial, o autor, ao deparar-se com as transformações do ordenamento jurídico brasileiro desencadeadas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe a necessidade de adaptação de sua sistematização originária do regime jurídico-administrativo, em decorrência das significativas alterações que a nova ordem constitucional fez espargir⁹⁴. Assim é que, em 1990, o jurista faz publicar uma segunda edição de seus “Elementos de Direito Administrativo”, acrescentando novos componentes à sua argumentação⁹⁵.

Nela, ao mencionar que a base de sustentação do Direito Administrativo revela-se na conjugação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. p. 292-318.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980. p. 3-34.

⁹⁴ A propósito da relevância da nova ordem constitucional para a reconstrução do Direito Administrativo brasileiro, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 7, San José: Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, p. 35-46, 2007.

⁹⁵ Na nota introdutória, referindo-se à elaboração da segunda edição, registra o autor: “O fato decisivo, entretanto, que me levou a prepará-la foi, evidentemente, a sobrevinda da Constituição de 1988...”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 5.

da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, o administrativista faz referência ao pensamento de Fernando Garrido Falla, segundo o qual esse ramo do Direito se edifica sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrados”. Realça, com isso, a necessidade de equilíbrio entre ambos, advertindo que a configuração do Direito Administrativo “irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos”⁹⁶.

Em nota de rodapé, Celso Antônio denuncia a concepção autoritária de Direito Administrativo que as práticas jurisprudencial e administrativa brasileiras ainda compartilhavam, à época. Sustenta que tal percepção contrasta com a própria razão de ser dessa disciplina jurídica, e sobretudo com a Lei Fundamental de 1988, após a qual “não haverá como emprestar-se às nossas instituições o sentido despótico com que as sucessivas ditaduras (ostensivas ou disfarçadas) conspurcaram os documentos constitucionais, inclusive os forjados sob sua égide, como as Cartas de 1967 e 1969”⁹⁷. Percebe-se, com isso, que o autor, ao referir-se à supremacia do interesse público sobre o privado, rejeita qualquer forma de arbitrariedade por parte da Administração, propugnando a manutenção de um equilíbrio entre prerrogativas e sujeições do Poder Público⁹⁸, sempre com vistas aos valores democráticos.

Além disso, nessa segunda edição o jurista tece novas considerações sobre o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, acrescentando argumentos para explicitar melhor o seu conteúdo, e extrai novos desdobramentos do *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*⁹⁹, derivados do estabelecimento explícito de princípios constitucionais da Administração Pública pela Lei Maior de 1988.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 19.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

⁹⁸ A ideia de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições será ampliada neste Capítulo 1, no item 1.3, subitem “1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”.

⁹⁹ O qual, na nova edição, tem sua formulação sensivelmente alterada para “indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. *Op. Cit.*, p. 25.

No que tange ao primeiro princípio, após reiterar as consequências jurídicas dele dedutíveis – (a) *posição privilegiada* e (b) *posição de supremacia* da Administração – e os efeitos delas decorrentes (v.g., prazos processuais mais alargados, presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, possibilidade de imposição unilateral de obrigações, exercício da autotutela, etc.), o autor acresce três novos parágrafos, aquilatando sua fundamentação com significativas observações.

A primeira delas consiste na advertência de que essas características, próprias do agir administrativo, não permitem a suposição de que a Administração Pública, acobertada pelo manto da supremacia do interesse público sobre o privado, pode exercer suas prerrogativas “com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos”. E isso porque a Administração exerce *função*. Esta existe nas hipóteses em que “alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”¹⁰⁰.

Por essa razão, os poderes especiais que o ordenamento confere ao Poder Público ostentam caráter *instrumental* em relação à consecução de tais finalidades; vale dizer: o administrador só é habilitado a exercitar uma competência para lograr o alcance do *dever* que lhe é endereçado pelo sistema normativo. É nessa oportunidade que Celso Antônio atesta que o agente público é titular de um *dever-poder*: a ele são atribuídas determinadas prerrogativas tão-somente para lhe possibilitar o cumprimento de um dever.

Outorga-se, com isso, ênfase à ideia de *dever*, para destacar a natureza subordinada que possui o *poder* do agente público. Nessa linha, compreende o autor que exercer função administrativa significa agir para “satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade”. Sendo assim, a utilização das prerrogativas públicas só será legítima “quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos”¹⁰¹.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 23.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, *Ibidem*.

Um segundo aspecto acrescido pelo jurista na conformação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado diz respeito à distinção, traçada pela doutrina italiana, entre interesse público ou *interesse primário*, “que são os interesses da coletividade como um todo”, e *interesses secundários*, representados pelos interesses referentes à pessoa jurídica do Estado, os quais este poderia ter como qualquer outro sujeito, “independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: o da coletividade”. Utilizando exemplos oferecidos por Renato Alessi, Bandeira de Mello aponta como possíveis *interesses secundários* do Estado o de se negar ao pagamento de uma indenização devida, ou o de cobrar tributos em valores exagerados¹⁰².

Os *interesses secundários*, fazendários, atinentes à máquina estatal, por serem interesses pessoais da entidade pública, podem conflitar com o interesse da coletividade. Por isso, eles só poderão ser perseguidos pela Administração Pública nas hipóteses em que coincidirem com o *interesse primário*, que representa o *interesse público*, da coletividade, dotado de supremacia sobre os interesses privados (*interesses secundários*, sejam do Estado, sejam dos particulares). Logo, só será realmente *público*¹⁰³ e passível de atendimento pelo Estado o interesse “que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar os interesses de todos”¹⁰⁴.

Diante dessas duas novas ressalvas – relativas à função administrativa como *dever-poder* e à diferença entre *interesse primário* e *interesses secundários* – Celso Antônio conclui com um terceiro parágrafo, no qual expressa a inferência de que as prerrogativas que descendem do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser empregadas de forma legítima para a satisfação de

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 24.

¹⁰³ Registre-se que nem a doutrina italiana, nem Celso Antônio Bandeira de Mello aludem a “interesse público primário” e “interesse público secundário”. O único interesse realmente *público* é o interesse *primário*, inerente à coletividade. Trata-se de um equívoco da doutrina (aliás, bastante comum) a referência à locução “interesse público secundário”. A explicação será retomada no Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.1. A dúplici noção jurídica de interesse público”.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. *Op. Cit.*, p. 24.

interesses públicos, e jamais “para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal e muito menos dos agentes governamentais”¹⁰⁵.

Ainda nessa segunda edição, publicada após o advento da Constituição de 1988, o autor adiciona um capítulo dedicado aos “Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro”, nele incluindo os princípios que, conforme sua interpretação, encontravam-se previstos de modo expresso ou implícito no novo tecido constitucional. Entre eles, são mencionados os princípios do art. 37, *caput* da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade¹⁰⁶), os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade (todos considerados como desdobramentos da legalidade), e os princípios da motivação (art. 1º, II e parágrafo único e art. 5º, XXXV da CF), do controle judicial dos atos administrativos (art. 5º, XXXV da CF) e da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, §6º, da CF). Antes de todos eles, inaugurando o capítulo, o jurista disserta sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.¹⁰⁷

O autor retoma a argumentação no sentido de que, por força desse princípio, o Poder Público desfruta da possibilidade, “*nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado”. Arrola, novamente, as diversas prerrogativas inerentes a essa posição de supremacia de que goza a Administração em face dos particulares. Complementando as lições anteriormente encetadas, Bandeira de Mello amplia a explicação do princípio ao alertar que, em qualquer situação, o manejo incorreto dessas prerrogativas pode ser corrigido pelo Poder Judiciário, “preventiva ou repressivamente, conforme o caso,

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

¹⁰⁶ À época ainda não havia sido inserido explicitamente no texto constitucional o princípio da eficiência administrativa, incluído somente anos depois, pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Sobre esse princípio, ver, por todos, GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. Conferir, mais recentemente: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra; Luis Manuel Fonseca Pires; Marcelo Benacchio. (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 239-292.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. *Op. Cit.*, p. 50-73.

sobretudo pelo *habeas corpus*, quando ofensivas à liberdade de locomoção (...) e nos demais casos pelo mandado de segurança individual, ou coletivo, se for a hipótese”¹⁰⁸.

Afirma então o administrativista que a norma em questão se trata de um princípio geral de direito ínsito a qualquer sociedade, por traduzir a própria condição de sua existência. Por esse motivo, entende que ele não reside em qualquer disposição específica do texto constitucional, muito embora diversas delas “impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 173, incisos III, V e VI) ou em tantos outros”. Para indicar referências de aplicações específicas do princípio, consagradas constitucionalmente, menciona “os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV) nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado”¹⁰⁹.

Em seguida, o autor aduz outra importante advertência: a de que o princípio em comento possui, sob o ponto de vista jurídico, “apenas a *extensão e compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com elas consonantes”. Dessa afirmação, o jurista extrai a inafastável decorrência de que “jamais caberia invocá-lo abstratamente”, ignorando o perfil constitucional que lhe tenha sido emprestado, “e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*”. Isso tudo porque, sob a óptica do Direito, a dimensão desse princípio, sua intensidade e conteúdo “são fornecidos pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado”¹¹⁰.

Celso Antônio conclui esse raciocínio, repisando que as prerrogativas derivadas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “não são manejáveis ao sabor da Administração porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, *sic et simpliciter*. Na verdade o que nela se encontram são ‘deveres-poderes’”¹¹¹. Assim, o uso dos poderes outorgados à Administração fica condicionado à realização dos

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 51.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 52.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, sempre com vistas à satisfação do interesse da coletividade.

Para arrematar a explicação sobre o princípio ora analisado, o autor realça o dever a que se submete o Poder Público de aplicá-lo sempre de forma *proporcional*, sem excessos e apenas na medida necessária para a consecução da finalidade subjacente às normas jurídicas que lhe são dirigidas. Sublinha que os “deveres-poderes” da Administração “só existirão e portanto só poderão ser validamente exercidos, na extensão e intensidades *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados”. Condena, por conseguinte, a conduta administrativa desmesurada, considerando-a como “abuso, ou seja, uso além do permitido e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado”¹¹².

Do *princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*, Bandeira de Mello deduz novos subprincípios à luz do novo ordenamento constitucional, conducentes a vincular o agir estatal à promoção dos interesses da coletividade. Afora os já referidos no artigo publicado em 1967 e na primeira edição de seus “Elementos de Direito Administrativo”¹¹³, o jurista menciona os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação, como implicações do princípio da legalidade, além dos princípios da publicidade e do controle jurisdicional dos atos administrativos.

A alusão feita pelo autor aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da motivação, como deduções do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos demonstram, de forma inequívoca, que a sua compreensão acerca da supremacia do interesse público sobre o privado jamais agasalhou condutas desmedidas, irrazoáveis e imotivadas da Administração Pública. Desde 1990, o autor já frisava que “a providência administrativa *mais extensa* ou *mais intensa* do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida por

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 55.

¹¹³ (a) Legalidade (e responsabilidade do Estado, como decorrência lógica); (b) obrigatoriedade do desempenho da atividade pública; (c) controle administrativo ou tutela; (d) isonomia ou igualdade dos administrados perante a Administração; (e) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.

consistir em um transbordamento da finalidade legal”. Alertava ainda que, quando o ordenamento habilita a Administração a exercer a discricionariedade, “evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir irrazoavelmente, de maneira ilógica, incongruente. (...) um ato administrativo afrontoso à razoabilidade (...) é também inválido”¹¹⁴.

A partir de sua 4ª edição, a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello recebe o título de “Curso de Direito Administrativo”, em virtude dos novos capítulos adicionados, que passam a oferecer uma tratativa ampla dos mais significativos temas que compõem a estrutura desse ramo jurídico. A fundamentação acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado permanece a mesma, até a 12ª edição, publicada no ano 2000, na qual o autor fornece o seu conceito de interesse público, cuja análise preliminar torna-se conveniente para a compreensão do sentido de sua supremacia.

Assinala o autor que a falta de aprofundamento acerca da exata noção jurídica de interesse público conduz a “*um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*”, proporcionando “a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*”. Frisa então o equívoco presente na tentativa de emprestar a essa noção “o *status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”¹¹⁵. O correto, no seu sentir, seria acentuar “*que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”¹¹⁶.

O jurista então refuta a possibilidade de se conceber como *público* um interesse discordante de todo e cada um dos membros da sociedade, já que, se assim o fosse, ter-se-ia um interesse de todo que seria conflitante com o interesse dos elementos que o compõem. Assevera que, conquanto se possa aceitar a existência de um interesse

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 31.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 57.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. *Op. Cit.*, p. 57-58.

público contrário a um determinado interesse individual, não pode haver um interesse público avesso aos interesses de cada uma das partes que formam o corpo social. Com base nesse quadro, o autor atesta “*a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*”, haja vista que “o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*”¹¹⁷.

Ingressando nessa seara, o administrativista promove uma diferenciação entre: (i) “o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou de um grupo de pessoas *singularmente consideradas*”, e (ii) “o interesse *igualmente pessoal* destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*”¹¹⁸. O exemplo sugerido para aclarar essa distinção é o da desapropriação: um indivíduo pode ter o evidente interesse de não ter o seu imóvel expropriado (interesse exclusivamente particular, do indivíduo *singularmente considerado*), mas ostentará, concomitantemente, o interesse de que exista o instituto da desapropriação, ainda que ele possa ser manejado contra si (dimensão pública do interesse do indivíduo, enquanto membro do corpo social).

Celso Antônio deixa claro a todas as luzes que é esse segundo interesse aquele que deve ser considerado como público. O conceito jurídico de interesse público, portanto, não se radica na desconsideração dos interesses dos indivíduos, “pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade*”. Resta inequívoca em seu pensamento a posição segundo a qual o interesse público “*só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*”. Feitas todas essas considerações, o autor expõe o seu conceito de interesse público: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 58.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 59.

resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹¹⁹.

Explica o publicista que a relevância dos aspectos precisados em seu conceito reside em dois fatores. O primeiro deles consiste na desmistificação da ideia de que os interesses públicos só poderiam ser reivindicados pelos indivíduos mediante ação popular ou ação civil pública, sendo insuscetíveis de postulação por particulares nas hipóteses em que sua violação “produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado”. Se adotada a compreensão de que os interesses dos indivíduos em sua faceta coletiva também compõem o interesse público, logo, impõe-se a aceitação de que cada particular detém um “*direito subjetivo* à defesa de interesses consagrados em normas expedidas para a instauração de interesses propriamente públicos”, nas situações “em que *seu descumprimento pelo Estado acarreta ônus ou gravames suportados individualmente por cada qual*”¹²⁰.

A segunda importante decorrência de sua noção jurídica de interesse público seria o desfazimento do equívoco de se pensar que “todo e qualquer interesse do Estado (e das demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público”. Diante da conceituação apresentada, torna-se compreensível o fato de que a pessoa jurídica estatal pode incorporar interesses próprios, *secundários*, não coincidentes com o verdadeiro interesse público (interesse *primário*), correspondente ao interesse da coletividade. Por conseguinte, “*não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público”. O Estado, por encarnar uma pessoa jurídica, é também dotado de interesses que lhe são particulares, muito embora lhe incumba o dever de curar os interesses públicos. Esses interesses próprios da entidade estatal “*não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico) aos interesses de qualquer outro sujeito”¹²¹.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 60.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 61-63.

Invocando mais uma vez as lições de Renato Alessi, lastreadas na doutrina de Carnelutti e Picardi, Celso Antônio pontua que os *interesses secundários* do Estado, aqueles inerentes à pessoa jurídica que o representa, só poderão ser por ele perseguidos quando coincidirem com o *interesse primário* (interesse público), extraído do conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade. Em vista disso, eventuais *interesses secundários* do Estado, como o de tributar exageradamente os cidadãos com o fito de enriquecer o Erário, ou de pagar remunerações pífias aos seus servidores (que lhe garantissem tão-somente a subsistência, para abarrotar os cofres públicos), jamais poderiam ser considerados como *interesse público*. Sua satisfação nesses casos, portanto, estaria vedada¹²².

Após expender tais ilações, o autor esclarece que todas essas observações dizem respeito à *estrutura* da categoria denominada de *interesse público*. A identificação concreta do seu *conteúdo*, no entanto, “só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo”. O que vem a ser *interesse público* – esse interesse deduzido do conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto membros do corpo social – dependerá daquilo que o sistema normativo qualificou como interesses juridicamente protegidos. Assim, “não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo”, mas sim “aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo”. Com isso, conclui que quem proporciona essa qualificação, de quais interesses devem ser considerados públicos, é a Constituição, e, com base nela, “o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”¹²³.

Frente a todo o exposto, cumpre pinçar os elementos que fazem parte do embasamento teórico, da estrutura normativa e do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sob a óptica de Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 64.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 65-66.

(a) *base ideológica*: o princípio encontra-se mais afinado à concepção própria da Escola de serviço público francesa, que acentua o caráter servicial do Estado aos interesses gerais da coletividade, do que à Escola da *puissance publique*, uma vez que a ênfase não é atribuída aos *poderes* da Administração, mas sim aos *deveres* que lhe incumbem¹²⁴;

(b) *fundamento normativo*: fundamenta-se na própria ideia de Estado, encontrando-se implícito na Constituição, embora esta contenha manifestações concretas e específicas do seu conteúdo (v.g., princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente; institutos da desapropriação e da requisição)¹²⁵;

(c) *estrutura jurídica*: determina a prevalência do interesse público, da coletividade, sobre o interesse privado, nos casos em que ambos colidirem¹²⁶. O interesse público que goza de supremacia sobre o privado é o *interesse primário*, referente ao conjunto de interesses que os indivíduos possuem quando considerados como membros da sociedade, aí incluídos os direitos subjetivos individuais, porque tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo prevalecer, portanto, sobre: (i) os *interesses secundários* da pessoa jurídica estatal, quando não coincidentes com o da coletividade; (ii) os interesses pessoais do agente público; (iii) os interesses exclusivamente privados dos indivíduos, singularmente considerados;¹²⁷

(d) *conteúdo jurídico*: é determinado pelo sistema normativo, que qualifica determinados interesses como públicos através da Constituição, das leis e dos atos

¹²⁴ Repise-se que não se está afirmando que Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha da posição segundo a qual o Direito Administrativo deve ser explicado mediante a noção-chave de serviço público. A assertiva é feita no sentido de que a ideologia subjacente ao princípio em comento aproxima-se mais da Escola do serviço público do que da Escola da *puissance publique*, em razão da tônica conferida às ideias de *dever estatal* e de satisfação dos interesses gerais da coletividade.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 52.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo..., *Op. Cit.*, p. 47.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 24.

normativos com ela consonantes¹²⁸, jamais podendo destoar daquilo que estabelece o ordenamento jurídico;

(e) *consequências jurídicas*: (i) *posição privilegiada* ostentada pela Administração Pública, através da concessão de benefícios pelo Direito positivo, como instrumento para possibilitar um adequado desempenho na satisfação dos interesses da coletividade; (ii) *posição de supremacia* dos entes públicos em relação aos particulares, autorizando a imposição unilateral de comportamentos e a alteração de relações jurídicas já estabelecidas;

(f) *limites e condições de aplicação*: o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio: (i) deve situar-se sempre nos termos e nos limites da legalidade, respeitando a lei em sentido formal¹²⁹; (ii) restringe-se às limitações e temperamentos traçados pelo sistema normativo¹³⁰; (iii) deve ser compreendido de forma equilibrada e em consonância com o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*¹³¹, que impõe sujeições especiais à Administração, tais como: finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, responsabilidade do Estado e controle jurisdicional; (iv) por possuir caráter instrumental em relação aos deveres da Administração, só pode ser manejado para cumprir a finalidade que é imposta pelo sistema normativo (*dever-poder*)¹³²; (v) não pode ser invocado abstratamente, mas tão-somente de acordo com a extensão definida pelo ordenamento jurídico, jamais podendo ser empregado para contrariar a Constituição e as leis¹³³; (vi) não pode ser aplicado de forma excessiva, mas apenas na medida necessária para a consecução da finalidade estampada na norma jurídica¹³⁴.

(g) *formas de correção do seu exercício abusivo*: o desrespeito a qualquer dos limites e condições acima estabelecidos inquina de nulidade o ato praticado com

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 65-66.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*, p. 48.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 23.

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 52.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 55.

fundamento no princípio em questão, rendendo ensejo ao controle jurisdicional do comportamento administrativo, sobretudo através do *habeas corpus* e do mandado de segurança, individual ou coletivo¹³⁵.

A síntese da construção teórica do princípio da supremacia do interesse público efetuada pela obra de Celso Antônio Bandeira de Mello permite verificar a sua complexidade, que num primeiro momento pode não ser percebida. Há uma série de componentes que fazem parte de sua estrutura, cuja inobservância pode conduzir a uma aplicação equivocada. Destarte, exposta a evolução da teoria relativa ao princípio, importa investigar a recepção de tais ideias pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, que em alguns casos acabaram por desvirtuar o sentido originariamente emprestado a essa formulação originária.

1.1.3. A acolhida da doutrina brasileira

Após o artigo publicado por Celso Antônio Bandeira de Mello em 1967¹³⁶, que efetivamente lançou de forma pioneira uma sólida proposta de fundamentação normativa ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, irromperam outras manifestações doutrinárias fazendo alusão à sua existência. Em sua maior parte, salvo raríssimas exceções, tratavam-se de referências pontuais em Cursos e Manuais, sem maiores desenvolvimentos teóricos.

A primeira menção realizada pela doutrina após o ensaio de Bandeira de Mello de 1967 parece ter sido no artigo “Princípios informativos do Direito Administrativo”, de José Cretella Júnior, publicado um ano depois na *Revista de Direito Administrativo*¹³⁷. O autor sustenta que cada ciência possui princípios próprios (por ele denominados de *monovalentes*), e, dentro dela, cada setor específico é regido por *princípios setoriais*. O Direito Administrativo, inserido no setor do Direito Público, é disciplinado por um feixe de princípios informativos que regem esse ramo jurídico.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 51.

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*

¹³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 93, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-10, out./dez. 1968.

Indagando quais seriam tais princípios, Cretella Júnior inicia afirmando que a primeira proposição que surge na mente dos administrativistas é a de que “*o interesse público prepondera sobre o interesse privado*”.

Prossegue aduzindo que esse “*princípio da supremacia do interesse público*”, embora incida sobre o Direito Administrativo, vinculando a edição de atos administrativos e a produção legislativa, “de maneira alguma é *princípio setorial*, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos”, visto que “se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional”¹³⁸. Considerando que todas as leis atendem ao interesse coletivo, bem assim os processos judiciais, que têm como objetivo “concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem a tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal”, e que mesmo nos atos administrativos de natureza individual sempre está presente a supremacia do interesse público, conclui que esse princípio é insuficiente para peculiarizar o Direito Administrativo frente aos demais ramos jurídicos, e conferir-lhe a necessária autonomia¹³⁹.

O autor, ao que tudo indica, manifesta contrariedade às ideias sustentadas por Celso Antônio Bandeira de Mello no artigo publicado um ano antes, no qual este último defendia justamente a posição de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao lado do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, constituiria uma das pedras de toque do regime jurídico-administrativo, categoria por ele utilizada para imprimir autonomia científica ao Direito Administrativo.

Desde a primeira edição de seu “Direito Administrativo”, publicado em 1990, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz consignar entre os princípios da Administração Pública o da “Supremacia do interesse público”. Identifica-o com o “princípio da *finalidade pública*”¹⁴⁰, que deveria orientar não apenas o administrador público no

¹³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do Direito Administrativo... *Op. Cit.*, p. 4.

¹³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Idem*, p. 4-5.

¹⁴⁰ Essa identificação com o “princípio da *finalidade pública*” não persiste nas edições atuais. Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64-67.

momento da aplicação da lei, mas também o legislador no processo de sua elaboração. A autora explica que o advento do princípio em comento decorre das mudanças operadas nos fins do século XIX, a partir de reações contra o individualismo jurídico exacerbado, que provocaram o Estado a “abandonar sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada”. O Direito deixa de ser somente “instrumento de garantia dos indivíduos e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”¹⁴¹.

Nesse cenário, o Estado assume a incumbência de realização de uma gama maior de atividades, com o intuito de satisfazer as necessidades coletivas, ampliando-se o conceito de serviço público. Também o poder de polícia passa a ser exercido com maior intensidade, por meio do qual o Estado começa a impor obrigações positivas aos particulares, deixando de atuar apenas para garantir a ordem pública e inserindo-se também nos âmbitos econômico e social. Em nome da preservação do interesse da coletividade, o Estado aumenta sua intervenção nas relações entre os particulares, condicionando a propriedade privada e as liberdades ao bem-estar social, assumindo o monopólio de exploração de determinados bens e preocupando-se com a tutela de interesses difusos, tais “como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional”¹⁴².

Assim, a jurista leciona que esse princípio apresenta-se como o fundamento jurídico aos poderes que a lei confere à Administração para desapropriar, requisitar, intervir, policiar e punir, “porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual”. Como consequência dessa premissa, sustenta a autora que a utilização desses poderes pelo administrador não o autoriza a, com base neles, “prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros”, pois em tais hipóteses ele “estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público, e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei”¹⁴³.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 59-60.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 60.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 60-61.

Além da menção presente na obra supracitada, faz-se imperioso observar que, afora os estudos de Celso Antônio Bandeira de Mello, outra obra que desenvolveu com profundidade a temática em tela foi a tese apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro à Universidade de São Paulo, por ocasião do concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo, publicada em 1991 sob o título “Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988”¹⁴⁴. Nesse livro, a autora amplia as considerações tecidas sobre o assunto um ano antes em seu “Direito Administrativo”.

Outro Curso de Direito Administrativo amplamente consultado contemporaneamente que fez referência ao princípio é a obra “Direito Administrativo”, de Diógenes Gasparini. Em que pese não haja citação à supremacia do interesse público em sua primeira edição, de 1989¹⁴⁵, o princípio é trazido à baila na segunda edição, publicada em 1992. O autor faz brevíssimos comentários em relação ao seu conteúdo jurídico, pontuando que na colisão entre os interesses público e particular, deverá prevalecer o primeiro, como “ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa”. Gasparini frisa, ainda, que a incidência do princípio, “por certo, não significa total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior da Nação (art. 5º, XXXVI)”. Encerra afirmando que os interesses patrimoniais atingidos por essa supremacia “devem ser indenizados cabalmente”¹⁴⁶.

Em 1994, Lúcia Valle Figueiredo lança o seu “Curso de Direito Administrativo”. Entre os princípios que presidem o regime jurídico-administrativo, a autora também faz constar a existência da “supremacia do interesse público”. Após dedicar alguns parágrafos para explicar que os termos jurídicos indeterminados, tal

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 153-170.

¹⁴⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 14-15.

como “interesse público”, possuem um conteúdo mínimo que deve ser extraído do próprio sistema, aduz que “se é o interesse público que está em jogo – portanto, de toda a coletividade –, é lógico deva ele prevalecer sobre o privado”¹⁴⁷.

No mesmo ano é publicado o “Curso de Direito Administrativo”, de Celso Ribeiro Bastos. Incluindo no elenco de princípios de Direito Administrativo o “princípio da supremacia do interesse público”, o autor afirma que em razão dele o ordenamento jurídico fornece ao Poder Público uma série de instrumentos jurídicos para a consecução de suas finalidades, que não são concedidos aos particulares. Por meio desses, o Estado poderá “remover o obstáculo consistente na vontade antagônica do particular, contrariando-o nesse sentido, mas procurando atendê-lo no que diz respeito a tudo aquilo que não implique necessariamente um sacrifício do seu direito”¹⁴⁸.

Destaca o jurista que esses mecanismos jurídicos conferidos à Administração pelo Direito positivo devem ser “absolutamente indispensáveis para o atingimento dos fins coletivos, mediante o menor custo possível para o cidadão”, advogando que “a supremacia do interesse público tem que ser exercida com todo o respeito aos interesses individuais”. Segundo Bastos, a posição privilegiada de que goza o Poder Público para assegurar essa prevalência do interesse público, que justifica a criação “de poderes, de faculdades, de direitos, de institutos” a serem empregados pelo Estado, tais como “o poder de polícia, a faculdade de desapropriar, de requisitar, de impor unilateralmente obrigações aos particulares, os prazos especiais de que desfruta quando em juízo”, jamais poderá significar “a consagração de arbítrio, ainda que este esteja justificado pelo atingimento de um interesse coletivo”¹⁴⁹.

No ano 2005, Romeu Felipe Bacellar Filho faz publicar a obra “Direito Administrativo”, e, acompanhando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, indica que as bases do regime jurídico-administrativo descansam sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade

¹⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 33-34.

¹⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

¹⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Idem*, p. 30.

dos interesses públicos. No tocante ao primeiro, o autor identifica que os seus embriões surgem com as transformações sociais e ideológicas que modificaram a racionalidade própria dos séculos XVIII e XIX, período em que “o Estado não interferia diretamente nas relações entre os particulares”, e que se prezava, “de maneira impetuosa, pelos direitos do indivíduo isolado de um conjunto social”¹⁵⁰.

Segundo o jurista, o princípio da supremacia do interesse público estabelece “que, na estipulação pela lei, de competências ao Administrador Público, tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser suprido, este sempre visando o bem comum”. Ressalta, ainda, que não se admite que tal princípio seja manejado pelo administrador “como fórmula mágica para justificativa ou motivação da atitude tomada”, de modo que a invocação do interesse público como fundamento para a prática de um ato “requer a devida demonstração de sua compatibilidade com os anseios do principal destinatário das atitudes do aparelhamento estatal: o povo”¹⁵¹.

Como se pôde observar, grande parte dos mais consultados Cursos e Manuais de Direito Administrativo brasileiro passou a incorporar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no rol de princípios constitucionais da Administração Pública. Não foi por outro motivo que a jurisprudência, igualmente, começou a empregá-lo como fundamento para as decisões judiciais envolvendo o Poder Público.

1.2. Fundamentação política do princípio: modelos de relação entre interesse público e interesse privado

Uma vez observado o desenvolvimento teórico do princípio da supremacia do interesse público na doutrina brasileira, capitaneado pela obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, impende identificar a fundamentação política que oferece sustentação a essa concepção. Essa incursão pelos distintos modelos de relação entre o interesse público e o interesse privado mostra-se relevante, pois como se pôde verificar, o princípio em discussão só passou a ser forjado no Brasil ao final da década de 1960, fato que demonstra que apenas no arquétipo de Estado que então emergia é

¹⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

¹⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem, Ibidem*.

que se podia cogitar de uma prevalência do interesse público sobre o privado, tal como é difundida contemporaneamente.

Dentro da temática dos interesses públicos, a sua relação com os interesses privados configura o “centro nuclear de toda a questão”¹⁵². No que tange às diversas concepções existentes de interesse público, as relações entre este e os interesses particulares representam a divergência inquestionavelmente “mais capital”¹⁵³. Portanto, a apreciação dos distintos modelos que envolvem o relacionamento entre essas duas espécies de interesse assume indiscutível significação, viabilizando uma adequada compreensão do sentido e do contexto dentro do qual se pretende atribuir uma prevalência ao interesse da coletividade.

Há maneiras diferentes de analisar essa relação. Alejandro Nieto a explica utilizando o critério da *imanência ou transcendência dos interesses públicos em relação aos particulares*, reconhecendo a existência de três vertentes distintas: (a) interesses públicos *se identificam* com os interesses particulares; (b) interesses públicos *são distintos* dos interesses particulares, mas *dependentes* deles; (c) interesses públicos *são distintos e completamente independentes* dos interesses privados¹⁵⁴.

(a) O primeiro modelo prevê uma *identificação total entre interesses gerais e interesses particulares*, concepção adotada por duas ideologias radicalmente distintas: (i) o absolutismo monárquico e (ii) o liberalismo radical (na corrente utilitarista de Adam Smith). Para a variante absolutista, o objetivo do Poder Público é alcançar a felicidade do próprio Estado e a dos seus súditos, as quais necessariamente devem coincidir, pois aquele não existe sem esses, e vice-versa. Para o liberalismo utilitarista, quando o indivíduo persegue seus interesses particulares, ele caminha invariavelmente em direção à consecução do interesse geral, guiado pela mão invisível¹⁵⁵.

¹⁵² NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991. p. 2198.

¹⁵³ CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006. p. 169.

¹⁵⁴ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2199.

¹⁵⁵ NIETO, Alejandro. *Idem, Ibidem*.

(b) O segundo modelo proclama a *separação entre os interesses públicos e privados*, embora reconheça a participação destes na formação daqueles. Aqui, ao menos quatro concepções podem ser mencionadas: (i) os interesses gerais são distintos dos particulares, mas não contrários, uma vez que esses se harmonizam *espontaneamente* para formar aqueles; (ii) a harmonização dos diferentes interesses particulares se alcança através de *mecanismos sociais* que os transformam em um interesse geral (aqui se insere, entre outras, a concepção voluntarista de Rousseau: através do mecanismo social do voto se identifica a parcela de interesses coincidentes da maioria da sociedade); (iii) o interesse geral é imperativamente definido por uma *instância superior*; (iv) interesses públicos e interesses privados convivem de forma interpenetrada, sendo *o direito um mecanismo de integração* entre eles¹⁵⁶. Esta última concepção revela a dificuldade de se identificar claramente, num modelo estatal intervencionista, quais são os interesses públicos e quais são os privados, dadas as diversas imbricações e reflexos entre eles.

(c) O terceiro modelo propaga a existência de um *interesse geral transcendente aos interesses privados*, totalmente distinto e apartado deles. Essa vertente também se manifesta de formas distintas, afirmando a existência de um transcendente interesse público, remetido: (i) à comunidade, como uma entidade separada dos indivíduos; (ii) ao Estado, também considerado como entidade autônoma, representada pelos governantes; (iii) à nação, compreendida como algo acima tanto da comunidade como do Estado (e de seus governantes); ou (iv) a grupos sociais dotados de poder econômico¹⁵⁷.

A opção por um desses três grandes modelos e de suas variantes resulta em expressivas consequências jurídicas, sobretudo no tocante à temática da supremacia do interesse público. Se adotado o terceiro modelo – interesse público como algo transcendente e totalmente independente e dissociado dos interesses particulares –, a supremacia do interesse público se operaria de forma fácil e mecânica. Bastaria à Administração, em qualquer caso, invocar um interesse transcendente, não

¹⁵⁶ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2200-2205.

¹⁵⁷ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2205-2207.

demonstrável racional e objetivamente, como um genérico interesse da comunidade, do Estado ou da nação¹⁵⁸. Se assim fosse, estariam cobertos de razão os autores que rechaçam o princípio da supremacia do interesse público.¹⁵⁹ Não é disso que se trata, todavia, tal princípio. Esse interesse público que figura no cerne do princípio em tela pode ser enquadrado no segundo modelo, visto que embora afirme a sua distinção dos interesses privados não tutelados juridicamente, não nega a incorporação, em sua essência, de interesses particulares.

O que interessa esclarecer é que a tentativa de alguns autores de supor que a atual noção de supremacia do interesse público, subjacente ao princípio jurídico em exame, seria tributária da concepção difundida logo após a Revolução Francesa¹⁶⁰ retrata um grave equívoco arqueológico¹⁶¹. Como bem observa Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, o interesse público, em razão da sua indeterminação conceitual, “admite diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que nos encontremos”, de modo que “não é igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado Liberal de Direito, à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito”.¹⁶² O mesmo alerta é feito, dentre tantos

¹⁵⁸ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2208.

¹⁵⁹ A análise das críticas dirigidas por parcela da doutrina brasileira ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado será realizada na Parte II deste trabalho, intitulada “A improcedência das críticas ao princípio constitucional da supremacia do interesse público”.

¹⁶⁰ Como parece ser a posição de Alexandre Santos de Aragão, quando sustenta que a “supremacia do interesse público (...) remete a paradigmas oitocentistas já felizmente superados”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 22.

¹⁶¹ O tema foi tratado de forma aprofundada em artigo específico sobre o tema, redigido em coautoria com Emerson Gabardo. Cf.: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-202, em especial no item “3.1. Supremacia do interesse público – A ausência de identidade entre a noção típica do liberalismo oitocentista e a sua concepção contemporânea”.

¹⁶² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, nº 23, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jan./mar. 2006. p. 13-14.

outros, por Fernando Garrido Falla, Jacques Chevallier, Jorge Luis Salomoni, Marie-Pauline Deswarte e Guylain Clamour.¹⁶³

Por esses motivos, julga-se imprescindível elucidar a fundamentação política que alicerça a relação de prevalência do interesse público sobre o interesse privado para afastar, de plano, quaisquer compreensões que venham a associar essa supremacia a modelos que não guardam ligação alguma com o paradigma contemporâneo. Para tanto, propõe-se a análise de três distintos modelos de relação entre o interesse público e o interesse privado, que não coincidem necessariamente com as três grandes vertentes apresentadas acima, a partir da contribuição de Alejandro Nieto. Tratam-se dos seguintes modelos: (1.2.1) o bem comum transcendental do período medieval; (1.2.2) a concepção individualista de interesse geral do liberalismo oitocentista; (1.2.3.) a primazia do interesse público sobre o privado no Estado Social e Democrático de Direito.

Frise-se que não se pretende, neste item, realizar uma ampla investigação histórica acerca do relacionamento entre interesses público e privado, muito menos sugerir que haja ocorrido um processo evolutivo, gradual e contínuo de transformação de um modelo em outro, numa ordem cronológica. O que se objetiva nesta sede é expor a existência de diferentes arquétipos políticos e filosóficos, em que o interesse público e o interesse privado se relacionam de tal ou qual modo, como forma de encontrar o paradigma no qual se insere a noção contemporânea de supremacia do interesse público.

¹⁶³ GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 83; CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt général dans l'Administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 41, n° 4, Bruxelles: [s.n.], p. 325-350, 1975. p. 325; SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. *Actualidad en el Derecho Público*, n° 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 135-165, ene./dic. 2002. p. 135-136; DESWARTÉ, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 5, Paris: LGDJ, p. 1289-1313, sep./oct. 1988. p. 1312; CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence...* *Op. Cit.*, p. 21.

1.2.1. Inexistência de hierarquia entre interesses público e privado: o bem comum transcendental

Um primeiro modelo merecedor de exame é aquele no qual inexistente qualquer relação de hierarquia entre o interesse público e o interesse privado. Presume-se que haja uma coincidência entre ambos, como se um somente pudesse realizar-se com a satisfação do outro. Esse arquétipo pode ser encontrado no período anterior à formação dos Estados Nacionais Modernos, marcado pelo influxo do jusnaturalismo, sobretudo com a difusão da ideia de *bem comum*.

No período medieval, sob a influência do pensamento de São Tomás de Aquino, o *bem comum* exerce o papel de um princípio legitimador do poder político. Baseia-se na ideia de que os homens devem se submeter à autoridade do monarca porque este age sempre no sentido do *bem comum*, o qual está inserido numa ordem natural.¹⁶⁴ Cuida-se de uma noção transcendente, situada na lei natural e que deve ser revelada aos homens (e acaba sendo imposta “como uma verdade absoluta”¹⁶⁵). Vigia uma tradição jusnaturalista, que explicava a sociedade a partir desse ordenamento de natureza divina, capaz de disciplinar as relações entre os indivíduos. O poder político se revelava como um fato da natureza, e a organização social, também naturalmente, tendia “pela força das coisas” ao estabelecimento do *bem comum*¹⁶⁶.

A noção de bem significava, segundo a corrente de pensamento em análise, tudo aquilo que o homem deseja, seja no âmbito material, intelectual, moral ou espiritual, constituindo a finalidade de toda ação humana. Por tratar-se de um ser social, o homem não buscava apenas o seu bem próprio, mas também o bem do grupo dentro do qual ele está inserido. Sua ação, portanto, estaria voltada ao alcance do *bem comum*, compreendido como o “bem da sociedade de indivíduos tomada como um grupo”. Esse bem representaria, para os indivíduos, “o conjunto de condições comuns

¹⁶⁴ LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975. p. 11.

¹⁶⁵ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 9.

¹⁶⁶ CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence... Op. Cit.*, p. 164.

próprias à organização e à conservação de seus bens”, e para a sociedade, um objetivo que “determina a orientação dos indivíduos na sociedade, mas também a unifica”.¹⁶⁷

Na perspectiva teocêntrica do jusnaturalismo¹⁶⁸, a noção de *bem comum* fundase na premissa de que, sob o influxo da lei natural, o homem tende a buscar não apenas o seu próprio bem, mas também o da sua comunidade¹⁶⁹. Ele não pode lograr a consecução de seus fins pessoais agindo de forma ilhada, o que torna exigível a sua convivência com a sociedade. “Por isso”, nas palavras de María Cristina Serrano, “o alcance do bem individual material e espiritual do homem não pode conseguir-se senão em um meio social que por sua vez estimule a consecução do bem comum”¹⁷⁰.

As características inerentes a essa concepção de *bem comum* conduziam à pressuposição de que haveria uma coincidência entre este e a realização dos bens individuais, uma vez que a satisfação do bem do todo só poderia ser atingida pela promoção dos interesses das partes, que com aquele não poderiam conflitar. Um desses caracteres é o da *universalidade*: por levar em conta a totalidade dos sujeitos¹⁷¹, o *bem comum* deveria compreender o conjunto dos valores humanos compartilhados pela sociedade, incluindo direitos e deveres. Dessa *universalidade* decorreria a impossibilidade de se privilegiar um grupo de indivíduos, ou uma classe em detrimento de outra¹⁷². Outra propriedade específica do *bem comum*, conducente à ideia de coincidência com os bens individuais, consiste na *comunicabilidade*: ele pertence não apenas ao todo, mas também a cada particular, sendo comunicável ao

¹⁶⁷ DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Op. Cit.*, p. 1294.

¹⁶⁸ Sobre as grandes perspectivas de compreensão da realidade no âmbito da filosofia (cosmológica, teocêntrica, antropocêntrica e biocêntrica), ver LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 19-22.

¹⁶⁹ Segundo São Tomás de Aquino, “como o homem é parte da casa, assim a casa é parte da cidade; e a cidade é a comunidade perfeita (...). E assim, *como o bem de um só homem não é o fim último, mas ordena-se ao bem comum*, assim também o bem de uma só casa ordena-se ao bem de uma cidade, que é a comunidade perfeita” (*grifei*). AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005. p. 526-527.

¹⁷⁰ SERRANO, Maria Cristina. La defensa de la Constitución y las exigencias del bien común. In: Victor Bazán (Coord.). *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 250.

¹⁷¹ GOANE, René Mario. Estado, bien común e interés público. In: *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996. p. 41.

¹⁷² DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Op. Cit.*, p. 1301.

bem de cada um, de modo que defender o bem comum significa, simultaneamente, defender o seu próprio bem¹⁷³.

Não havia nesse modelo maiores preocupações com as relações entre interesse público e interesses particulares. Nessa conjuntura, marcada por uma concepção organicista, “o princípio da totalidade proibia que se concebessem as relações entre o bem comum e os bens particulares em uma óptica conflitual”¹⁷⁴. É o que se extrai do pensamento de São Tomás de Aquino: “Claro está que o bem da parte existe por causa do bem do todo. Por isso, mesmo com o apetite natural ou amor, cada coisa particular ama seu próprio bem por causa do bem comum de todo o universo, que é Deus”¹⁷⁵. Como se verá, a perspectiva que situa os interesses públicos e os privados em posição de distinção e hierarquia avulta apenas na modernidade, quando o homem passa a ser considerado em uma perspectiva antropocêntrica, racional e individualista.

A premissa de que a lei divina conduziria cada homem à realização do bem da comunidade, pela ordem natural das coisas, caracterizava um paradigma baseado numa legitimidade transcendente do poder político, fundada em um *bem comum* abstrato e insuscetível de demonstração. A aceitação da possibilidade de dissociação entre os interesses particulares e o interesse da coletividade advém somente com a formação dos Estados modernos, que enraízam a fundamentação da sua legitimidade em um interesse geral que traduz uma utilidade comum a todos, verificável e garantida mediante o processo democrático¹⁷⁶.

A noção laica de *interesse geral* substitui a concepção medieval de *bem comum*, a partir do momento em que o Estado se impõe como uma autoridade que encarna a unidade social, assumindo um papel fundamental que até então era exercido pela religião¹⁷⁷. A construção inicial da noção política de interesse público no Estado

¹⁷³ DESWARTE, Marie-Pauline. *Idem, Ibidem*.

¹⁷⁴ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 11.

¹⁷⁵ AQUINO, São Tomás de. *Op. Cit.*, p. 848.

¹⁷⁶ CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 162.

¹⁷⁷ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 8.

moderno pretende contestar a ideia de *bem comum* tomista, propondo-se como uma versão racional daquela categoria. No caso dos Estados monárquicos absolutistas, essa desvinculação do poder político em relação à moral e a religião foi o que permitiu a secularização da noção de interesse geral¹⁷⁸.

As distintas vertentes de pensamento sobre o significado do interesse público no advento da modernidade repousam sobre uma base filosófica comum, calcada em uma sociedade laica, alicerçada na razão do homem e despida de fundamentações metafísicas. Abandonam-se as perspectivas teológicas para se adotar um prisma racionalista da sociedade, situado em torno da figura do indivíduo¹⁷⁹.

Assim, a concepção de interesse público, passível de contraposição aos interesses privados, nasce como um substitutivo da noção de *bem comum*¹⁸⁰, a qual continha fortes conotações morais e religiosas. Segundo Marta Franch i Sager, a perspectiva moderna de interesse geral emerge no direito francês no século XVIII, e desde o seu nascedouro aparece confrontada com duas visões distintas: (i) soma dos interesses individuais; (ii) missão outorgada ao Estado, cujos fins representam a expressão da vontade geral e devem impor-se aos interesses dos indivíduos¹⁸¹.

A primeira delas é representada pela corrente *utilitarista*; a segunda, pela *voluntarista*. Ambas compuseram o cenário do liberalismo clássico, construído sobretudo nos finais do século XVIII e no século XIX. Em que pese retratarem perspectivas distintas, essas duas vertentes compartilham de um ponto em comum: o pressuposto de que a proteção dos interesses privados representa a finalidade última da existência do Poder Público, cabendo ao Estado tão somente permitir o adequado exercício das liberdades individuais.

¹⁷⁸ CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence... Op. Cit.*, p. 165.

¹⁷⁹ CLAMOUR, Guylain. *Idem*, p. 164.

¹⁸⁰ CLAMOUR, Guylain. *Idem*, p. 163.

¹⁸¹ SAGER, Marta Franch i. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: Jorge Fernández Ruiz (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005. p. 406.

1.2.2. A concepção individualista de interesse geral no liberalismo oitocentista

Um segundo modelo de relação entre interesse público e interesses privados que reclama análise é a concepção forjada sob a égide do liberalismo pós-Revolução Francesa, que caracterizou os fins do século XVIII e em especial o século XIX. É também nesse período que o Direito Administrativo moderno começa a ser construído como um ramo jurídico autônomo, diferenciando-se do Direito Privado, numa conjuntura em que a noção de *interesse geral* exerce uma função primordial. Por se tratar do momento histórico em que o conceito de interesse público passa a ser manejado pelo Direito Administrativo, o seu estudo merece redobrada atenção.

O cenário que rendeu ensejo ao modelo ora examinado funda-se em raízes filosóficas muito distintas daquelas compartilhadas pelo paradigma exposto no item anterior, inserindo-se em uma racionalidade significativamente diversa no que diz respeito à relação entre o indivíduo e a coletividade. A ideia de bem comum passa a ser questionada, e o pensamento filosófico caminha em direção a uma ética individualista¹⁸². O *interesse geral* exsurge então como uma categoria apta a substituir o bem comum transcendental, através da sua laicização.

Como ressalta Jacques Chevallier, o poder político deixa de desfrutar de uma legitimidade “fundada sobre as leis da Natureza, gozando do privilégio da transcendência; ele é necessário para garantir a adesão dos cidadãos, estabelecendo «racionalmente» sua necessidade e o seu mérito”¹⁸³. No liberalismo oitocentista, imerso no ideário iluminista, o poder só encontra sua fonte de legitimação na prerrogativa criadora da razão e da vontade humanas. A instituição do poder justifica-se para alcançar um desiderato preciso: “proteger e servir o interesse geral”¹⁸⁴. Aqui reside, pois, a distinção entre o bem-comum medieval e o interesse público moderno:

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 155.

¹⁸³ CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative... *Op. Cit.*, p. 139-140.

¹⁸⁴ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 11.

enquanto aquele é natural, esse é racional, resultando de uma apreciação realizada pelos indivíduos¹⁸⁵, e não mais pela vontade divina.

A grande questão que se pretende evidenciar neste subitem é justamente a posição central assumida pelo indivíduo no modelo do Estado Liberal de Direito, e a influência dessa centralidade sobre a noção de interesse público. As doutrinas propaladas no seio do liberalismo, ainda que comportem diferenciações¹⁸⁶, exprimem um acentuado individualismo jurídico, ao compreenderem o Estado como “um meio ao serviço de um fim: o interesse dos indivíduos”¹⁸⁷. A intervenção da Administração Pública era tão restrita, com o intuito de coibir invasões indevidas no campo reservado à autonomia privada, que ela só encontrava justificativa nas hipóteses em que fosse imprescindível para assegurar a satisfação de uma exigência fundamental da coletividade, como a segurança pública, por exemplo¹⁸⁸. Por conseguinte, a concepção de interesse público edificada sobre esses pressupostos opõe-se, em regra, às interferências estatais na esfera jurídica dos cidadãos, traduzindo-se como a “obrigação essencial da autoridade de conservar a ordem pública, o resguardo da segurança exterior e o cabal cumprimento da lei”¹⁸⁹.

A análise do modelo em questão exige uma perquirição mais detida e aprofundada, uma vez que, embora não se trate do paradigma político no qual se enraíza a elaboração do princípio da supremacia do interesse público, é nele que se encontram as bases originárias do Direito Administrativo, e as primeiras construções sobre o sentido moderno de interesse público. Sendo assim, a investigação acerca dos embriões da noção de interesse público e da sua possível configuração na modernidade conduz necessariamente ao estudo prévio das bases filosóficas e teóricas do

¹⁸⁵ MERLAND, Guillaume. *Idem, Ibidem*.

¹⁸⁶ Sobre as vertentes utilitarista e voluntarista do liberalismo oitocentista, e suas diferenças no que diz respeito à compreensão do sentido de interesse geral, ver: CLAMOUR, Guylain. *Op. Cit.*, p. 169-179; MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 237-244.

¹⁸⁷ CLAMOUR, Guylain. *Op. Cit.*, p. 169.

¹⁸⁸ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996. p. 243.

¹⁸⁹ FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, nº 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135-161, ene./abr. 2006. p. 146.

constitucionalismo moderno, o qual, por sua vez, só pode ser entendido mediante a apreciação das condições históricas presentes no final do século XVIII¹⁹⁰.

Esse período ficou marcado por revoluções que derrubaram o poder tradicional do Estado Absolutista para erigir um novo, orientado pela restrição do poder estatal por meio da sua submissão à ordem jurídica. Tais movimentos tiveram como produto as Constituições modernas, que se tornaram instrumentos de afirmação do Estado de Direito, possibilitando a emergência da concepção contemporânea de Direito Público. Segundo Airton Cerqueira Leite Seelaender, a formação daquilo que atualmente se denomina de Direito Público “é um fenômeno histórico que se verifica sobretudo na Idade Moderna”¹⁹¹, uma vez que na Idade Média, embora já estivessem presentes assuntos que posteriormente seriam encarados como fundamentais para o Direito Público (*e.g.*, as regras de desapropriação no direito feudal), este não ostentava ainda uma sistematização que lhe atribuisse autonomia como ramo do saber jurídico: tais temas encontravam-se dispersos em outros campos do direito¹⁹², como no Direito Civil. Para o autor, são manifestas as “conexões entre o processo de estruturação do Estado Moderno e do direito público”¹⁹³.

Contudo, mesmo no âmbito do Estado moderno foi marcante a transformação do Direito Público ocorrida com os movimentos revolucionários de fins do século XVIII, notadamente após a Revolução Francesa¹⁹⁴. Se o sistema juspublicista do Antigo Regime repousava inteiramente sobre a ideia de superioridade da posição do Rei, da qual derivava o arbítrio no exercício do poder político e o dever de veneração e

¹⁹⁰ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 45.

¹⁹¹ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, n° 55, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 253-286, dez. 2007. p. 254. O autor refere-se ao Direito Público como “filho legítimo da Idade Moderna”. SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *Idem*, p. 259.

¹⁹² SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *Idem*, p. 258.

¹⁹³ De forma sucinta, tais conexões podem ser representadas pelo fato de que o Estado Moderno “reclamava um novo direito para veicular e legitimar suas atividades e seu crescente poder”, ao passo que o direito público “refletia as novas concepções do papel do monarca, a expansão e as modificações do quadro institucional, a intensificação e o diversificar das formas de atuação dos servidores e órgãos da Coroa”. SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *Idem*, p. 260.

¹⁹⁴ FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 62.

obediência dos súditos, após a Revolução esse mesmo direito passou a nortear-se pela ideia de que “o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária”¹⁹⁵.

Foi justamente a lógica iluminista difundida antes, durante e ao cabo desse movimento que reconheceu a *vontade geral* (“*volonté générale*”) do povo como um dos fundamentos do Estado de Direito, concebendo a lei como a sua fiel expressão, a qual constituiria um instrumento apto a proteger o *interesse geral* da sociedade – enxergada sob uma perspectiva homogeneizante. A origem do constitucionalismo moderno como uma ruptura revolucionária promovida pelo liberalismo burguês em prol da instauração de um Estado de Direito, em que pese a conjugação das primordiais influências inglesa e norte-americana, encontra sua expressão máxima na Revolução Francesa de 1789¹⁹⁶, consoante as lições de Maurizio Fioravanti, Dieter Grimm, Horst Dippel, Pietro Costa e Eduardo García de Enterría¹⁹⁷, apenas para citar alguns autores.

Nesse paradigmático movimento, opera-se a difusão dos ideais burgueses de assegurar a liberdade em suas diversas manifestações, impedindo a ingerência do Estado na esfera jurídica individual dos particulares, como forma de garantir a autonomia privada e a plena liberdade econômica, pela tomada do poder político. É

¹⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 125.

¹⁹⁶ Destaque-se que o fenômeno que se está denominando de “constitucionalismo moderno” não pode ser atribuído exclusivamente às formulações elaboradas na Revolução Francesa, tendo sido fruto de uma construção complexa que envolve outros movimentos ocorridos nos séculos XVII e XVIII, tais como a Revolução Americana nos Estados Unidos e a Revolução Gloriosa na Inglaterra, caracterizadas, cada qual, por diversas especificidades. A escolha da França pós-1789 como objeto de análise justifica-se por dois motivos: (i) no que diz respeito ao *individualismo moderno* – dimensão que mais interessa para este item – a França representa um “país guia, já que é na França, primeiro com o Estado absoluto e depois com a revolução, onde se construiu o direito moderno de base individualista mais típico e claro” (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*: apuntes de historia de las constituciones. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 37); (ii) o Direito Administrativo moderno recebeu uma das mais significativas contribuições para o seu surgimento na França, nesse período.

¹⁹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit., p. 36; GRIMM, Dieter. Op. Cit., p. 61; DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*: novas perspectivas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 17; COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____; Danilo Zolo (Orgs.). *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 107; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 15.

nessa medida que Pietro Costa identifica o Estado de Direito como “um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”, de modo que a sua razão de ser “é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação (‘jurídica’) do poder soberano”¹⁹⁸.

O retrato que revela a construção da acepção moderna de Constituição e do Estado de Direito só pôde ser pintado em virtude de um conjunto de condições propícias, explicadas por Dieter Grimm da seguinte maneira: (i) a existência de um poder estatal unitário; (ii) a positivação do direito; (iii) o surgimento de um grupo da população interessado na mudança da estrutura de poder e com a força necessária para desencadeá-la; (iv) a separação entre Estado e sociedade, com a ideia de que a prosperidade desta seria possível por meio das decisões livres das vontades individuais; (v) a ruptura revolucionária com o poder estatal tradicional e, por consequência, a necessidade de constituir um novo poder estatal legítimo e compatível com a autonomia da sociedade. Tais condições só se encontraram no Estado moderno com a ascensão da burguesia moderna e as revoluções levadas a efeito por essa classe social¹⁹⁹.

O pensamento contratualista²⁰⁰, muito especialmente as reflexões de Jean-Jacques Rousseau, constituiu o suporte teórico da Revolução²⁰¹, adotando como justificativa para a existência do Estado a necessidade de tutelar melhor as liberdades dos indivíduos que preexistiriam a ele – uma compreensão que repercutiria, logicamente, no rompimento com o modelo absolutista de exercício do poder político. Em sua célebre obra intitulada *Do Contrato Social*, o filósofo formula a fundamentação necessária para dar supedâneo a uma feição de Estado fundada na

¹⁹⁸ COSTA, Pietro. *Op. Cit.*, p. 96-97.

¹⁹⁹ GRIMM, Dieter. *Op. Cit.*, p. 61.

²⁰⁰ Por conta dos objetivos deste estudo, será conferido enfoque mais detido ao contratualismo de Jean-Jacques Rousseau. Uma visão panorâmica acerca das teorizações de outros pensadores do contratualismo moderno pode ser encontrada em: GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 5.ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.

²⁰¹ FIOVARANTI, Maurizio. *Op. Cit.*, p. 38.

soberania popular, na qual o poder político é titularizado e exercido diretamente pelo povo, como mecanismo assecuratório da liberdade individual.

A arquitetônica de sua teoria pode ser, em apertada síntese, assim definida: (i) a sobrevivência do indivíduo exige a sua associação com outros homens, que somente mediante a união de forças serão capazes de derrubar os obstáculos da natureza; (ii) é necessário “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e em que cada um, ao unir-se a todos, só a si mesmo obedeça e continue tão livre como antes”²⁰²; (iii) a solução está na celebração de um pacto social, composto por cláusulas tacitamente admitidas e reconhecidas, que se resumem basicamente nos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum a pessoa e os bens, sob a suprema direcção da vontade geral; e ainda recebemos de cada membro, na qualidade de parte indivisível do todo”²⁰³; (iv) esse ato de associação origina um corpo moral e coletivo, que assume em uma unidade a personalidade política que se forma da união de todas as personalidades individuais, expressando a sua vontade comum.

A manifestação dessa *vontade geral* só poderia se instrumentalizar através da lei, de sorte que a identificação da vontade soberana do povo se daria através do Poder Legislativo – aí estava, talvez, a principal tese de Rousseau²⁰⁴. Somente a lei, fonte máxima do direito, com seus caracteres de generalidade e abstração, seria a expressão da *vontade geral*, o que lhe autorizaria a proibir e impedir, obrigar e ordenar, é dizer, restringir os direitos e liberdades dos cidadãos²⁰⁵.

Outra construção teórica que, ao lado da concepção de *soberania popular* de Rousseau, exerceu fundamental influência para a instalação de um Estado de Direito revestido pela proteção constitucional na França de finais do século XVIII foi a

²⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Lisboa: Editorial Presença, 1973 [1762]. p. 21.

²⁰³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Idem*, p. 22.

²⁰⁴ É a posição de Maurice J. C. Vile: “A principal tese de Rousseau em seu *Contrato Social*, publicado pela primeira vez em 1762, era que as leis só podiam emanar da vontade geral da comunidade; assim, o poder legislativo era o exercício da vontade soberana do povo”. VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 199.

²⁰⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Op. Cit.*, p. 39-40.

doutrina da *separação de poderes*²⁰⁶ elaborada por Montesquieu²⁰⁷ em sua clássica obra intitulada *Do Espírito das Leis*²⁰⁸. O filósofo elabora a sua teoria tendo como *leitmotiv* a ideia de liberdade, cuja proteção só se daria caso o poder pudesse ser refreado, de modo a conter os seus excessos. Aquilo que posteriormente viria a se chamar de *princípio da separação dos poderes* justificou-se, portanto, com base em outro princípio: o do controle do poder político²⁰⁹. Para ele, todo homem dotado de poder tende a abusar dele, sendo necessária a imposição de limites, de sorte que o poder freie o poder. O cerne da sua teoria residia, por conseguinte, na ideia de que os poderes do Estado deveriam ser separados de forma orgânica e funcional, garantindo-se assim o equilíbrio, através de um mútuo controle entre eles²¹⁰.

A concepção de controle recíproco dos poderes estatais como forma de impedir o seu exercício abusivo, ínsita à teoria de Montesquieu, foi refutada pelos revolucionários burgueses, que adaptaram a doutrina da *separação dos poderes* às suas necessidades, estabelecendo a absoluta impossibilidade de interferência de uma esfera de poder nas demais, o que levou inclusive, anos depois, à criação de uma jurisdição administrativa situada no seio do Poder Executivo para julgar os litígios que envolvessem a Administração Pública, excluindo-os da apreciação do Poder Judiciário²¹¹.

²⁰⁶ Frise-se que, conforme adverte Clèmerson Merlin Clève, o poder político é uno e indivisível, especialmente nas democracias contemporâneas em que o seu titular é o povo, que não o divide. O que existe é a atribuição do exercício de diferentes funções estatais a órgãos distintos e autônomos, razão pela qual o correto seria aludir a uma separação de funções. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p. 26-28. Todavia, feita a advertência, continuar-se-á utilizando a expressão “separação dos poderes” em função da larga difusão do termo.

²⁰⁷ “o Estado moderno deve a Montesquieu a elaboração da teoria, que, depois, foi encampada pela experiência de não poucas sociedades políticas, inclusive a brasileira”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*, p. 20.

²⁰⁸ MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: *Oeuvres Complètes*. Paris: Seuil, 1964 [1748].

²⁰⁹ MARTÍN, Nuria Belloso. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999. p. 15.

²¹⁰ VILE, Maurice J. C. *Op. Cit.*, p. 13-14.

²¹¹ Sobre a criação e a evolução do contencioso administrativo francês, conferir: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 211, Rio de Janeiro: Renovar, p. 65-77, jan./mar. 1998.

Os revolucionários franceses, como constata Clèmerson Merlin Clève, sobrepuseram o pensamento de Rousseau ao de Montesquieu²¹² – mesclando duas teorias em princípio incompatíveis – modificando e atribuindo novo sentido à doutrina da separação de poderes²¹³. Nada obstante a posição crítica do primeiro em relação à forma como o segundo desenvolvia sua teoria, os pensamentos rousseauianos, uma vez adequados às exigências dos revolucionários burgueses, combinavam-se perfeitamente com a parte das construções de Montesquieu que tais pensadores julgavam válidas, tendo como resultado uma teoria da separação dos poderes diferente da inglesa e da norte-americana²¹⁴.

Além do acolhimento da *soberania popular* e da *separação de poderes* como pressupostos do sistema político próprio do Estado de Direito, outra característica avultou na configuração do constitucionalismo moderno de matriz francesa: a *supremacia da lei* ou o *legicentrismo*²¹⁵. O modelo estanque de *separação de poderes* que presidiu as Constituições francesas após a Revolução de 1789 distinguiu-se pela supervalorização do Poder Legislativo sobre os demais, com a justificativa de que somente a lei seria capaz de assegurar efetivamente os direitos individuais; o legislador seria incapaz de lesionar tais direitos, eis que encarnaria a *vontade geral* do povo²¹⁶. Por seu turno, os juízes e administradores públicos deveriam basear-se sempre nas previsões legislativas gerais e abstratas, como forma de impedir um tratamento personalizado e privilegiar a igualdade no sentido formal.

²¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995. p. 34.

²¹³ VILE, Maurice J. C. *Op. Cit.*, p. 198.

²¹⁴ VILE, Maurice J. C. *Idem*, p. 199.

²¹⁵ O *legicentrismo* do constitucionalismo liberal, como bem descreve Ricardo Marcelo Fonseca, significava que: “Só a lei seria fonte de poder e só a lei poderia legitimamente determinar o que os cidadãos não podem fazer e aquilo que devem fazer. (...) O poder só pode vir encartado pela embalagem da lei: afinal, a lei, segundo o típico racionalismo iluminista, é expressão da vontade do (...) povo (...) e, assim, é dotada de um conteúdo intrínseco de racionalidade que legitima o exercício de poder”. FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 259.

²¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Op. Cit.*, p. 73.

A razão dessa valorização excessiva da lei estava na sua vinculação com o conceito de *vontade geral* e na necessidade de proteção das liberdades individuais²¹⁷: como as leis eram elaboradas pelo corpo unitário da nação, e como os representantes do povo jamais criariam normas atentatórias contra suas próprias liberdades individuais, logo, as leis seriam sempre justas, pois refletiriam a vontade do povo e assegurariam que o exercício do poder político pelo Executivo se desse sempre de forma afivelada aos ditames legais.

De acordo com Eduardo García de Enterría, esse papel reservado à lei é exatamente o que explicará a influência decisiva da Revolução Francesa no Direito Público europeu²¹⁸. Não bastava transferir a titularidade do poder do monarca ao povo; a grande novidade trazida por essas transformações foi restringir o exercício do poder através da lei, considerando-a como expressão da *vontade geral* do povo, e edificando sobre essa ideia os pilares do Direito Público moderno. A supremacia da lei torna-se o corolário desse ramo do Direito, fundamental à estruturação do Estado de Direito, e que se apresenta como a regulação jurídica do poder político. A generalidade e a abstração são traços próprios da lei do Estado Liberal burguês, pois proporcionam intencionalmente a ideia de que todos estão por ela protegidos, transpassando-se a impressão de que os interesses dos mais distintos grupos sociais estariam ali contemplados. Eram os valores da liberdade e da igualdade formal que justificavam a adoção dessa concepção de superioridade do Poder Legislativo.

A garantia de que a lei seria fielmente observada, com o intuito de respeitar as liberdades individuais por ela protegidas, estava na imposição de absoluta subserviência da atuação estatal aos comandos legais, que só poderia agir *secundum legem*²¹⁹, do que decorria uma inafastável subordinação da Administração Pública ao Poder Legislativo. Essa subjugação, que determinava uma posição abstencionista ao Estado, era a salvaguarda do interesse burguês de impedir as interferências do Poder

²¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 40, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 189-224, ene./abr. 1963. p. 197.

²¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos...Op. Cit.*, p. 70.

²¹⁹ MORENO, Fernando Díez. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 138.

Público nas relações jurídicas interprivadas e nas esferas jurídicas individuais. Isso porque partia-se da premissa de que a sociedade detém mecanismos de autogoverno que conduzem automaticamente à prosperidade e à justiça, desde que os indivíduos possam agir sem impedimentos. O *interesse geral* não era algo materialmente definido, a ser buscado e determinado pelo Estado; ele resultava da concorrência das decisões das vontades individuais, ou seja, seria uma consequência do pleno exercício das liberdades individuais²²⁰. O *interesse público* estava na proteção do desenvolvimento dos *interesses privados*.

Esse sistema não tornou o Estado supérfluo na consecução do *interesse geral*; pelo contrário, a própria liberdade individual dependia do funcionamento da ordem social, que carecia de organização e proteção pelo Estado, e a sociedade necessitava de um elemento de coesão que permitisse a ação coletiva imprescindível a essa organização e proteção da liberdade²²¹. A Administração Pública exercia, assim, um papel fundamental, desde que respeitasse a proibição de ingerência indevida sobre os particulares. Era essa, afinal, a *vontade geral* que fundamentava a existência do Estado de Direito, assegurado pelo constitucionalismo moderno francês: *a proteção do individualismo*. E foi sobre essas bases que se formou o Direito Administrativo moderno de matriz francesa, bem como o primeiro sentido de *interesse público* ou *interesse geral* que se pode identificar na modernidade.

Essa subordinação do Estado às normas jurídicas, que começaram a veicular direitos individuais aos particulares em face do Poder Público, transmutou vertiginosamente a relação Estado/indivíduo, vez que este último deixa de ser considerado um súdito do poder soberano e passa a ser visto como cidadão, detentor de direitos. É essa a razão pela qual se fez emergencial a elaboração de um novo ramo jurídico – o Direito Administrativo – eis que esse relacionamento entre o Estado e o indivíduo, por retratar uma relação distinta daquela travada entre particulares, passou a demandar uma regulação jurídica diferenciada do Direito Privado, com princípios específicos e adequados à sua racionalidade.

²²⁰ GRIMM, Dieter. *Op. Cit.*, p. 58-59.

²²¹ GRIMM, Dieter. *Idem, Ibidem*.

É essa a razão pela qual larga parcela da doutrina identifica o nascedouro do Direito Administrativo com a Revolução Francesa e a afirmação do Estado de Direito²²², pois nesse momento histórico, em que se firma o condicionamento do poder estatal pelo sistema jurídico, operam-se transformações nos pressupostos próprios do Estado de Polícia, com a criação de normas que passam a disciplinar de forma diferenciada as relações entre governantes e cidadãos, concedendo a esses últimos direitos e liberdades individuais e contendo o poder político²²³.

No que tange à Administração Pública, Jean Rivero ressalta três mudanças principais decorrentes da Revolução Francesa: (i) quase a totalidade da Administração do Antigo Regime desaparece, subsistindo apenas os corpos administrativos especializados, devido ao seu caráter técnico; (ii) busca-se edificar uma Administração racional, uniforme e coerente; (iii) formulam-se princípios de filosofia política que permanecem como alicerces para a ulterior elaboração: primado da lei, separação das autoridades administrativas e judiciais, liberalismo político, igualdade dos cidadãos perante a Administração, liberalismo econômico²²⁴.

A ruptura com a racionalidade do regime absolutista, responsável pela metamorfose do sistema político e jurídico, impõe a sistematização de um novo ramo do Direito capaz de reger as novas relações que se estabelecem na sociedade francesa. O surgimento desse campo do saber jurídico – e o seu gradual aperfeiçoamento – deriva das condições históricas que começaram a exigir a elaboração de instrumentos jurídicos hábeis a refrear a atuação da Administração Pública para salvaguardar a liberdade e a integridade das esferas jurídicas individuais. Não é à toa que a primeira feição substantiva que assume o Estado de Direito no final do século XVIII e início do

²²² Nesse influxo, RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 19; ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 37; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* 27. ed. *Op. Cit.*, p. 47.

²²⁴ RIVERO, Jean. *Op. Cit.*, p. 27-28.

século XIX é uma conotação de matiz liberal, abstencionista, que lhe rendeu o rótulo de *État Gendarme* ou Estado Guarda-Noturno, visto que nessa configuração a Administração Pública deveria ser restringida a limites mínimos, cabendo-lhe somente agir para garantir a ordem pública, sem se imiscuir nas relações econômicas, sociais e jurídicas estabelecidas entre particulares²²⁵. O Direito Administrativo apresentava-se como o conjunto de normas voltadas a essa finalidade: conter as manifestações indesejadas da Administração Pública.

Para atingir esse escopo, os revolucionários franceses utilizaram os já mencionados mecanismos de raiz iluminista, adaptando formulações teóricas de grandes pensadores aos seus interesses. Assim, conforme antes relatado, as ideias de (i) *soberania popular*, (ii) *separação de poderes* e (iii) *supremacia da lei* – considerada como expressão da *vontade geral* – serviram de alicerce para a limitação dos poderes da Administração Pública e para a proteção do pleno desenvolvimento das liberdades individuais, que estavam na base dos interesses da classe dominante: a burguesia. É a partir dessa lógica que o Direito Administrativo moderno se constrói, tendo como objeto as leis voltadas à contenção da atividade administrativa.

A extrema centralidade conferida à lei nesse período é, talvez, a característica que mais marcou essa fase originária do Direito Administrativo. Tamanha era a valorização dessa fonte do direito que a corrente jusfilosófica hegemônica no século XIX – o positivismo jurídico legalista – advogava que todo o direito se reduz à letra da lei, não se podendo aceitar a validade jurídica de qualquer espécie de norma que não estivesse expressamente prevista em um diploma legislativo, regularmente elaborado pela autoridade competente, de acordo com o procedimento formalmente designado. Como consequência, surgem as correntes legalistas do Direito Administrativo, formando a Escola Exegética, também chamada de Positivista ou Legalista, “para a qual o Direito Administrativo era compreendido como sinônimo de direito

²²⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 22-23.

positivo”²²⁶. O foco do Direito Administrativo era, portanto, o estudo das leis que regem a Administração Pública²²⁷.

O fundamento para essa supervalorização da lei no momento histórico sob exame já foi assentado anteriormente: se a lei emana do povo, ela exprime a sua *vontade geral*, que deve ser respeitada para permitir o exercício harmônico das liberdades individuais. A Administração Pública deveria, pois, submeter-se rigidamente aos mandamentos legais para que não houvesse qualquer ingerência indesejada na esfera jurídica individual dos cidadãos. Logo, se a justificativa da supremacia da lei estava na necessidade de proteção da *vontade geral* (que em última instância se traduzia no anseio de maximização das liberdades), a sua repercussão direta no âmbito da Administração Pública era clara: “Uma vez fixada a lei, a única tarefa que incumbe às autoridades públicas é a de assegurar a sua tradução na realidade: tal é o papel do Executivo. A Administração é uma função essencialmente executiva: encontra na lei o fundamento e o limite da sua actividade”²²⁸.

Havia uma nítida diferenciação entre os parlamentares no Poder Legislativo e o Rei e seus funcionários no Poder Executivo: enquanto aqueles detinham caráter de representação, externando a vontade popular, estes apenas eram escolhidos pelo povo para exercer fielmente as atividades administrativas sob o manto da lei²²⁹. Em outros termos, pode-se dizer que o Parlamento era responsável por manifestar a *vontade geral* através da representação do povo, ao passo que os funcionários da Administração Pública não passavam de agentes incumbidos de executar essa *vontade geral*. A distinção fica clara na redação do art. 2º da Seção II, Capítulo IV, Título III da Constituição francesa de 1791: “Os administradores não têm nenhum caráter de representação. São agentes eleitos temporalmente pelo povo para exercer, sob a vigilância e autoridade do Rei, as funções administrativas”.

De tais premissas pode-se inferir, segundo Paulo Otero, que “os membros do poder executivo não têm a possibilidade de formar uma vontade autónoma, eles ‘não

²²⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 145.

²²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. ed. *Op. Cit.*, p. 7.

²²⁸ RIVERO, Jean. *Op. Cit.*, p. 20.

²²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos...Op. Cit.*, p. 106-107.

são os senhores do povo, mas os seus oficiais’. O poder executivo carece de qualquer autonomia jurídica de decisão perante os actos do legislativo: o executivo ‘deve executar sempre a lei e apenas a lei’²³⁰. Na mesma linha, Odete Medauar assinala que, se o Poder Executivo figurava como cumpridor da lei votada pelo Parlamento, a Administração tornava-se um “instrumento de execução da lei, sem vontade própria, subordinada”²³¹.

Tomando-se como pressuposto esse raciocínio, a realização das atividades administrativas pelo Poder Executivo nada mais era do que aplicar literalmente as ordens legais, que, por sua vez, representavam a *vontade geral* do povo; logo, a atividade da Administração Pública significava a realização concreta do *interesse geral* plasmado na letra da lei. Se administrar significa aplicar a lei, o objeto da atividade da Administração Pública consiste em materializar a *vontade geral*. Executar a lei através da Administração será empregar ao conteúdo de atos concretos o *interesse geral* expresso na lei, conferindo a esses atos a legitimidade democrática da decisão legislativa²³². Aí está a justificativa da concepção estrita de separação dos poderes e da submissão da Administração ao Poder Legislativo.

É sob o influxo dessas ideias que se pode tentar detectar nesse momento de formação do Direito Administrativo moderno os embriões da noção de *interesse público*. Após a Revolução Francesa, essa noção começa a se desenvolver “no sentido de opor-se aos interesses personalistas” dos governantes, “devendo prevalecer a vontade geral”²³³ no exercício das atividades públicas. Era uma forma de afastar do arbítrio do Rei a gestão da função administrativa, tornando-se o *interesse público* um “argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, fundamentar o poder do Estado”²³⁴. A ideia de *interesse público* nesse período ligava-se, nessa linha, às teorias da *soberania popular* e da lei como expressão da *vontade geral*,

²³⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 62.

²³¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 124.

²³² OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 65.

²³³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 274.

²³⁴ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 189.

próprias do constitucionalismo moderno, razão pela qual muitos autores afirmam, conforme Emerson Gabardo, que a noção de *interesse público* surge com a afirmação dos direitos individuais, como mecanismo de oposição ao domínio absolutista, tendo como marco inaugural a Revolução Francesa²³⁵.

No período revolucionário avultou a consagração normativa de direitos subjetivos dos indivíduos contra o Estado, fato que propiciou a construção de uma significação para o *interesse público* desconhecida no *Ancien Régime*²³⁶. Ele se pauta na *vontade geral* de proteção dos direitos individuais, cristalizada na lei, figurando a Administração Pública como executora dessa *vontade geral* e intérprete do interesse público, responsável por concretizá-lo em atos e medidas²³⁷. É por isso que o interesse público “aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa”²³⁸.

A percepção do que seria esse interesse público, na perspectiva do Estado Liberal burguês, já estava estreitamente vinculada com os direitos fundamentais, que nesse período eram vistos como proteções individuais dos particulares contra as arbitrariedades da Administração. O respeito ao interesse público estava na inexistência de obstáculos impostos pelo Poder Público ao exercício das liberdades, notadamente na esfera econômica. Como já dito, a concepção liberal do *interesse público* refletia-se pela garantia dos *interesses privados*, ideia largamente difundida pela classe dominante. O interesse privado se colocava diante do interesse público, eis que o bem comum não era algo materialmente definido pelo Estado ou pela coletividade: ele estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais²³⁹, limitadas às fronteiras estabelecidas pela lei.

²³⁵ O autor alude, ainda, a autores que alocam a origem do interesse público em outros momentos históricos, como Ruy Cirne Lima, que refere-se à noção de interesse público já nos textos jurídicos romanos, e Gerhart Niemeyer, que sustenta a existência dessa noção em toda a história da teoria política, “de Platão e Aristóteles, a Locke, Adam Smith e Stuart Mill, passando por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino”. GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 254.

²³⁶ GABARDO, Emerson. *Idem*, p. 280.

²³⁷ MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 189.

²³⁸ MEDAUAR, Odete. *Idem*, p. 185-186.

²³⁹ GRIMM, Dieter. Op. Cit., p. 58.

Essas aproximações da noção de interesse público traziam consigo a ilusão de que seria possível uma homogeneização dos interesses sociais, pressupondo, portanto, uma sociedade homogênea, capaz de resumir todos os interesses individuais a um denominador comum, descrito nos textos legais. Se a lei expressava fielmente o *interesse geral*, a ideia que se transmitia com tal discurso era a de que todos os indivíduos teriam, indistintamente, seus anseios tutelados pela proteção legal das liberdades. Para Jean Rivero, o interesse geral no período em análise engloba um número limitado de tarefas bem definidas: “a defesa nacional e a actividade internacional, a manutenção da ordem, a criação de condições gerais que permitam o jogo da economia – moeda, vias de comunicação –, a Justiça. (...) Por fim, as Finanças provêem à reunião dos meios necessários para fazer viver este conjunto”²⁴⁰. Não por coincidência, tais atividades eram justamente aquelas consideradas essenciais pela burguesia para o exercício da liberdade econômica.

Nesse sentido, pode-se inferir que no período pós-revolucionário vigia na França uma *perspectiva individualista de interesse público*. Dentro dessa concepção, a vida do homem é movida pela busca de seus interesses individuais, de modo que a sociedade organiza-se em torno da realização dos interesses particulares de cada indivíduo, mediante a garantia de um mínimo de coordenação entre eles²⁴¹, promovida pelo Estado. A atuação deste último resume-se à salvaguarda dos direitos e interesses individuais, incumbindo ao Direito a tarefa de proporcionar o livre desenvolvimento dos anseios pessoais de cada cidadão. Tal mentalidade conduz a uma contraposição entre indivíduo e Estado, e exige uma Administração Pública mínima e não interventora, que no âmbito econômico deve deixar quase tudo à livre iniciativa particular e ao mercado²⁴².

Uma demonstração dessa óptica individualista pode ser vista no art. 4 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que assim dispôs: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica o outro; assim, o exercício dos

²⁴⁰ RIVERO, Jean. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁴¹ SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 53-55.

²⁴² SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 55-57.

direitos naturais de cada homem tem como limites somente aqueles que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei”. Além do fato de que apenas a lei poderia impor limites aos direitos e liberdades individuais, o único motivo que poderia ser invocado para tanto era a garantia do gozo dos mesmos direitos e liberdades pelos demais membros da sociedade. “Em consequência”, aduz Maurizio Fioravanti, “o legislador não poderá limitar as posições jurídicas subjetivas dos cidadãos por outros motivos: o bem comum, a utilidade social coletiva, a justiça social...”²⁴³. Ou seja, o único tipo de interesse que justificaria a restrição de um direito individual seria outro direito igualmente individual, tornando matéria de *interesse público* a proteção do *interesse privado*.

Disso decorre a total impossibilidade de se encontrar qualquer semelhança entre esse significado de interesse público, contemplado na França de finais do século XVIII e início do século XIX, e o sentido que contemporaneamente atribui-se a essa expressão no Direito Administrativo brasileiro. É o posicionamento de Emerson Gabardo, para quem “o próprio sentido da supremacia do interesse público liberal construído no século XIX com base na autonomia privada” apresenta sustentação “radicalmente diversa da supremacia do interesse público como princípio do regime jurídico-administrativo típico do Estado de bem-estar social de final de século XX”²⁴⁴.

No modelo do liberalismo oitocentista “o conteúdo do interesse público é simples: reside em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros que viriam prescritos em lei”²⁴⁵. Por sua vez, a concepção atual, como se verá, pauta-se na identificação do interesse público no seio de um complexo sistema constitucional positivo, e não na abstrata *vontade geral* do povo, pelo que se concorda com Emerson Gabardo, quando afirma que “estabelecer uma origem para a noção atual de interesse público em

²⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. *Op. Cit.*, p. 41.

²⁴⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 258.

²⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90.

qualquer período precedente ao século XX reflete a promoção de um acentuado equívoco arqueológico”²⁴⁶.

Do exposto, depreende-se a parcial conclusão de que o Direito Administrativo moderno edificou-se sobre o discurso basilar de que o Estado é responsável pela busca do interesse público, seja pela identificação da *vontade geral* do povo pelo Poder Legislativo, com a sua consequente enunciação dos diplomas legais, seja pela aplicação desse *interesse geral* pela Administração Pública, através da concretização dos comandos da lei. Tal interesse, na França pós-revolucionária, giraria em torno do respeito às liberdades individuais e do impedimento de quaisquer interferências, não autorizadas pela lei, da Administração nas esferas jurídicas dos particulares. A realização do interesse público, portanto, encontrava-se intimamente atrelada à proteção do indivíduo.

1.2.3. Prevalência do interesse público sobre o privado: aportes do Estado Social e Democrático de Direito

Finalmente, cumpre delinear os pressupostos de um terceiro modelo de relação entre o interesse público e os interesses privados, característico da feição social e democrática do Estado de Direito, no qual se enraíza o princípio da supremacia do interesse público, tal como é compreendido atualmente.

Como visto, no paradigma anterior, do Estado Liberal de Direito, a maior preocupação manifestada pela classe dominante estava em afastar as arbitrariedades do Poder Público e controlar o poder político da Administração, de modo a garantir a liberdade e a igualdade formal entre os cidadãos²⁴⁷. Com isso, as correntes teóricas buscavam fundamentar uma racionalidade tendente à proteção do indivíduo e dos seus interesses particulares, protegendo-os contra as ingerências estatais e assegurando assim valores como a liberdade individual e a propriedade, os quais foram juridicizados na forma de direitos fundamentais.

²⁴⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 286.

²⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 24.

Por inúmeras razões, entre elas as nefastas consequências produzidas pelo liberalismo nos âmbitos econômico e social, mormente com a Revolução Industrial, impondo condições de miséria e doença a significativa parcela dos cidadãos, tendentes a se acentuar com o não intervencionismo estatal, iniciam-se no final do século XIX as reações contra o Estado Liberal²⁴⁸. Assim, quando se percebeu que a efetiva liberdade e o desenvolvimento da sociedade dependiam da igualdade social, constatando-se que só se pode usufruir da liberdade quando se possui condições dignas de existência²⁴⁹, inicia-se a construção de uma nova forma de Estado, preocupada com os problemas responsáveis pela exclusão social.

O modelo de Estado Social irrompe em meio a outra revolução, não mais impulsionada pela ideia de liberdade, mas sim pelo anseio de igualdade material²⁵⁰ e justiça social. Com fulcro no pressuposto de que a igualdade entre os indivíduos não é algo que deriva de uma suposição, mas um desiderato que deve ser perseguido pelo Estado mediante ações concretas, visando à redução das desigualdades, esse modelo estatal assume a tarefa de promover a igualdade material entre os cidadãos e, para tanto, torna-se necessária a sua intervenção na esfera privada para impedir as injustiças que acometem os menos favorecidos.

Passou a se tornar imprescindível, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, um “alargamento da Administração Pública protetora, que desempenha atividades administrativas para promoção e efetivação dos direitos fundamentais”²⁵¹, em especial dos direitos a prestações²⁵², os quais reclamam ações positivas para a sua efetivação, incumbindo à Administração a tarefa de proporcionar aos cidadãos condições materiais que lhes possibilitem o efetivo exercício das liberdades. Os direitos sociais –

²⁴⁸ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18-19.

²⁴⁹ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 20.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

²⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: Fabrício Motta. (Org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Nélon Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 318.

²⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 171.

conexionados intrinsecamente com os objetivos de igualdade material e justiça social, envolvendo, entre outros, os direitos dos trabalhadores²⁵³ (tal como o direito de greve e a garantia de um salário mínimo) e os direitos a prestações sociais estatais²⁵⁴ (como o direito à saúde e à educação)²⁵⁵ – passam a ser consagrados nos textos constitucionais, a exemplo da Constituição mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, sendo retomados com maior significação posteriormente ao segundo pós-guerra²⁵⁶.

A transição paradigmática no modelo estatal significou, concomitantemente, uma mudança no âmbito da Administração Pública, que passa da “Administração de agressão para a Administração de prestação”²⁵⁷. Com efeito, pode-se afirmar que a Administração Pública, com a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social, tornou-se o aparelhamento do Estado dirigido à satisfação das necessidades coletivas, tornando a própria legitimidade do Estado dependente da sua eficiência²⁵⁸ na prestação de serviços públicos essenciais à promoção dos direitos fundamentais²⁵⁹.

A realização de tais direitos deixa de ficar a cargo unicamente do Poder Legislativo, por meio da expedição de leis gerais e abstratas proibitivas da intromissão estatal na esfera particular do indivíduo, tornando-se também incumbência da

²⁵³ De acordo com Wilson Ramos Filho, “a crítica social, os movimentos de resistência e a necessidade de oferecer contraponto aos ideais revolucionários, em maior ou menos grau dependendo das relações sociais concretas em cada país possibilitaram o surgimento dos ‘direitos sociais’, dentre os quais se insere o direito capitalista do trabalho”. RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e regulação: o Direito Capitalista do Trabalho e as crises econômicas. In: _____ (Coord.). *Trabalho e regulação no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 345.

²⁵⁴ A respeito do tema, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, v. 22, Curitiba: UniBrasil, p. 17-29, jul./dez. 2003.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

²⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987. 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra. f. 188.

²⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 113.

²⁵⁸ Acerca da eficiência e da legitimidade do Estado, conferir: GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

²⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O serviço público. In: Carlos E. Delpiazzi (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. p. 607.

Administração (mediante a prestação de serviços públicos²⁶⁰ e a implementação de políticas públicas²⁶¹) e da jurisdição (através do controle de constitucionalidade das leis, atos administrativos e omissões estatais, e da concretização judicial dos direitos fundamentais²⁶²).

Em relação à atividade administrativa, José Maria Rodríguez de Santiago conceitua a “Administração do Estado Social” como “*a atuação estatal especificamente administrativa, posta ao serviço da realização da Constituição social*”²⁶³. Para o autor, o conteúdo da Constituição social nesse arquétipo de Estado pode ser identificado a partir dos seguintes elementos: (i) o auxílio ao indivíduo em condições de necessidade e pobreza, e a responsabilidade do Estado em relação a um mínimo existencial adequado à dignidade da pessoa; (ii) maior igualdade, através da redução das desigualdades sociais e do controle das relações de dependência; (iii) seguridade social em face dos riscos e contingências vitais; (iv) dever do Estado de contribuir para a criação de uma situação econômica que possibilite a participação de todos no bem-estar social²⁶⁴. Na mesma senda, Jesús González Pérez ressalta que a Administração Pública adquire um papel diferenciado na feição social do Estado, voltado a “prestações administrativas que satisfaçam as condições mínimas de existência”²⁶⁵ dos cidadãos, o que exige a sua interferência no seara privada.

Essa modificação da concepção de Administração Pública, com a institucionalização da sua função interventora, é acompanhada por uma concomitante

²⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público do Brasil. In: _____; Luiz Alberto Blanchet (Coords.). *Serviços Públicos: Estudos Dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 13; FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, nº 12, Belo Horizonte: Fórum, p. 141-165, abr./jun. 2003. p. 143.

²⁶¹ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 204-205; BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 171-183, 2003. p. 174.

²⁶² Sobre a temática, ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

²⁶³ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *Op. Cit.*, p. 59 (*grifos no original*).

²⁶⁴ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *Idem*, p. 23.

²⁶⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho administrativo. In: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. p. 290.

transformação no conceito de interesse público, que se torna mais plural e heterogêneo²⁶⁶. Na lógica do Estado Liberal, esse interesse era extraído diretamente das disposições legais, já que a lei era vista como produto da *vontade geral* do povo. Se fosse formulada mediante os processos formais exigidos para a sua elaboração, garantindo-se a sua criação pelos representantes do povo, pensava-se que não haveria como se ter uma lei injusta, “pois, sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio”²⁶⁷. Acreditava-se num “processo de positivação do interesse público, segundo o qual tal interesse seria exata e unicamente aquele que a lei definisse como tal”²⁶⁸, uma vez que esta era concebida como um quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade²⁶⁹. E era precisamente a proteção dos interesses individuais que revelava, como visto, o conteúdo do interesse público.

Tal mentalidade decorria do fato de que, à época, a lei era produto da vontade de um parlamento homogêneo, composto, como ensina Clèmerson Merlin Clève, quase que exclusivamente por representantes da burguesia, onde não havia grandes confrontos ideológicos²⁷⁰. No entanto, com o abandono do voto censitário e a inserção de todas as classes sociais no processo democrático, a lei se torna fruto de um conflito pluralista de posições, que caracteriza a transição de um Estado monoclássista a um Estado pluriclássista, conforme a expressão de Massimo Severo Giannini²⁷¹. Ela passa a representar as aspirações da classe hegemônica que conquista as maiorias parlamentares, e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do parlamento²⁷², passando a tutelar, muitas vezes, interesses contrapostos, como os anseios dos proprietários de indústrias, de um lado, e as necessidades dos operários, de outro²⁷³.

²⁶⁶ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, p. 557-565, set./dic. 2009. p. 561.

²⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria...* Op. Cit., f. 87.

²⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal...* Op. Cit., p. 89.

²⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria...* Op. Cit., f. 89.

²⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo... Op. Cit., p. 35.

²⁷¹ GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980. p. 65.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 41.

²⁷³ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. v. 1. Trad. Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1991. p. 130.

A multiplicação de grupos sociais com influência na tomada de decisões políticas fundamentais faz emergir o complexo problema da especificação do interesse público²⁷⁴. E com isso, no Estado Social esse conceito deixa de ser deduzido de maneira simples do conteúdo da lei, a partir do momento em que esta passa a proteger interesses heterogêneos de distintos setores da sociedade²⁷⁵. Dificulta-se a identificação da essência do interesse público, diante da pluralidade de pretensões contraditórias que passa a ser protegida pelo ordenamento jurídico. E isso tudo se deve ao fato de que o crescimento da atividade administrativa fez com que o Estado assumisse uma série de funções, tendo de proteger uma multiplicidade de interesses antagônicos. “Expressar e explicitar o que seja o interesse público na lei mostra-se mais complexo, pois este interesse se aproxima e se envolve com os interesses (ou necessidades) concretos, materiais, de parcelas do todo social”²⁷⁶.

O aumento da postura mais interventiva do Estado provoca uma aproximação entre a Administração Pública e as relações travadas entre os particulares, o que possibilita a sua intermediação em busca da promoção da igualdade material e da justiça social. Essa proximidade enseja a necessidade de a máquina estatal harmonizar os variados interesses particulares, reduzindo-se então a distância que no modelo liberal se reconhecia entre os interesses privados e o interesse geral²⁷⁷.

A separação que a doutrina administrativista francesa e o Conselho de Estado veementemente realizavam entre o interesse geral e os interesses particulares é atenuada com esse alargamento da ingerência estatal nas relações interprivadas. Isso porque, se no paradigma anterior o Estado deveria agir tão somente para assegurar a ordem pública, evitando as violações às liberdades – hipóteses essas que configuravam o interesse geral – no Estado Social a Administração passa a se imiscuir nas relações entre os sujeitos privados, assumindo a função de proteger interesses particulares mais frágeis. Tais interesses, então, passam a se tornar públicos, justamente porque a sua

²⁷⁴ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996. p. 243.

²⁷⁵ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit., p. 129-130.

²⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal...* Op. Cit., p. 90-91.

²⁷⁷ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 238.

tutela transforma-se em tarefa da atividade administrativa. O que ocorre, na realidade, é uma metamorfose do significado do interesse público, que é ampliado ao englobar uma gama de interesses que anteriormente eram reputados como privados, e relegados à mão invisível do mercado.²⁷⁸

Passa a competir à Administração o dever de realizar a arbitragem entre os interesses privados²⁷⁹, qualificando como públicos aqueles que carecem de tutela pelo Estado. “A noção de interesse geral se enriquece de interesses particulares gradualmente e na medida em que a Administração aumenta sua intervenção na esfera privada”²⁸⁰. E é essa aproximação material entre o interesse público e os interesses privados que leva o juiz administrativo na França a reconhecer que o interesse público pode ser realizado a partir da satisfação, pelo Estado, do interesse de um particular²⁸¹.

Diante desse quadro, percebe-se que nem sempre o interesse público irá se contrapor aos interesses privados. Muitas vezes “o interesse público consiste em apoiar o desenvolvimento de certas atividades que os particulares empreendem em seu próprio interesse (mediante subvenções, créditos e outras medidas de fomento)”, ou em realizar uma harmonização dos “interesses privados em presença (para evitar um conflito laboral, por exemplo), ou em colaborar com a iniciativa privada para fins de interesse comum (mediante convênios ou parcerias, para dar outro exemplo)”²⁸².

Frente a tais mudanças, a simples observância da legalidade em sentido estrito torna-se insuficiente para identificar o interesse público no cenário do Estado Social, em que as multifárias atribuições assumidas pela Administração não se deixam enquadrar nas malhas estáticas da lei. Além disso, a mera atuação administrativa dentro da formalidade legal já não basta: exige-se uma atividade não apenas legal, mas

²⁷⁸ MERLAND, Guillaume. *Idem.*, p. 241.

²⁷⁹ CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt général dans l'Administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 41, nº 4, Bruxelles: [s.n.], p. 325-350, 1975. p. 325.

²⁸⁰ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 241.

²⁸¹ Alguns exemplos de julgados do Conselho de Estado nesse sentido são analisados na Parte II, Capítulo 5, item 5.1., subitem “5.1.3. Interesses individuais como interesse público”, deste trabalho.

²⁸² MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, p. 557-565, set./dic. 2009. p. 561.

ao mesmo tempo “útil, conveniente, oportuna”²⁸³. O nascimento de teorias como a doutrina do “desvio de poder” ilustram o nascimento dessa tendência, de se recheiar de conteúdo material as exigências da legalidade, demandando-se da Administração uma atuação dirigida ao cumprimento de real finalidade subjacente à lei, à satisfação do objetivo por ela previsto, o qual, nas palavras de Héctor Jorge Escola, pode ser reduzido a um só: “a primazia do interesse público, como condição que levará à obtenção do bem-estar geral”²⁸⁴.

A interpretação do que vem a ser interesse público nas quadras do Estado Social e Democrático de Direito, e que se difere, logicamente, daquela conferida pelo Estado Liberal, é explicada na doutrina espanhola por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, ao identificar interesses gerais (“*intereses generales*”) com a satisfação dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais.²⁸⁵ O jurista recorda que, se no Estado Liberal os direitos fundamentais se reduziam a limitar o exercício do poder político, orientando-se à proteção do indivíduo singularmente considerado, no trânsito em direção ao Estado Social, com a superação do clássico fosso entre Estado e sociedade, tais direitos passam a configurar um conjunto de valores que orientam a ação positiva da Administração Pública, exigindo a sua realização efetiva mediante prestações estatais.²⁸⁶ Assim, o interesse geral do Estado Social dirige-se à potencialização e ao fortalecimento dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor: “o conceito de interesse público, ou se se preferir interesse geral, (...) em última instância robustece a operatividade dos direitos fundamentais”.²⁸⁷

Nessa toada, Vera Bolgár pontua que nos tempos presentes, é sob a forma “social” que a antiga busca do interesse público (“*intérêt général*”) se insere no Direito positivo, de sorte que, se antigamente os elementos dominantes do Direito eram o “particular” e o “individual”, as Constituições e os Códigos recentes regem-se pelo “social” e pelo “público”, com todos os interesses que eles representam, os quais

²⁸³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 29.

²⁸⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem, Ibidem*.

²⁸⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, [s.d.]. p. 103.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 104.

²⁸⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 115.

muitas vezes situam-se em um patamar superior em relação aos interesses particulares.²⁸⁸

Essa nova perspectiva do interesse público, portanto, deixa de se resumir à proteção das liberdades individuais, e leva em conta as reais necessidades dos cidadãos, incorporando as demandas dos setores mais frágeis da população. Tal concepção “passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna”, exigindo para tanto uma “maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social”.²⁸⁹ E isso acaba por proporcionar uma repercussão em matéria de direitos, com a restrição do âmbito de proteção dos clássicos direitos fundamentais individuais, e com a ampliação da tutela jurídica dos direitos sociais, que acabam, inclusive, por trazer limitações ao exercício dos direitos de liberdade²⁹⁰.

A proteção efetiva dos interesses específicos das parcelas da população que, em razão de sua fragilidade, exigem interferência estatal e passam a ser qualificados pelo Direito como públicos, demanda a criação de restrições ao exercício das liberdades individuais, em nome da satisfação desses interesses da coletividade. O direito de propriedade, por exemplo, passa a ser condicionado ao cumprimento de sua função social²⁹¹. A liberdade econômica passa a se submeter, também, a diversas condicionantes que limitam a exploração de determinadas atividades para assegurar a defesa de um meio-ambiente ecologicamente equilibrado. O mesmo se diga em relação à liberdade de contratar, derivada da autonomia privada, à qual foram opostas diversas limitações, como se verifica com nitidez nas relações de consumo, com a proibição de

²⁸⁸ BOLGÁR, Vera. L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, nº 2, Paris: LGDJ, p. 329-363, 1965. p. 335.

²⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009. p. 44.

²⁹⁰ FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, nº 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135-161, ene./abr. 2006. p. 147-148.

²⁹¹ Acerca do tema, ver: FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. Sobre a função social da propriedade em matéria de bens públicos, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Bens públicos e função social da propriedade. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, nº 65, Belo Horizonte: Fórum, p. 12-13, maio 2007.

cláusulas contratuais abusivas, e nas relações de trabalho, mediante a imposição constitucional de uma série de limitações em prol da dignidade do trabalhador.

O Direito Administrativo exsurge, nesse quadro, como um instrumento de proteção do cidadão em face desse intervencionismo, uma vez que, a um só tempo, legitima essa ingerência estatal e lhe impõe limites. As normas provenientes do regime jurídico-administrativo – sistematizado conjunto normativo inerente a esse ramo jurídico – determinam que “tal intervencionismo só resulta aceitável e justificado quando conduz a facilitar-nos ou assegurar-nos o bem-estar geral que nos permita gozar efetivamente daquelas liberdades e direitos, já formalmente reconhecidos”²⁹². A atribuição jurídica de prerrogativas especiais à Administração Pública, sempre dentro dos limites constitucionalmente delineados, tem por função justamente “possibilitar e assegurar o real e verdadeiro exercício das liberdades e direitos individuais e para alcançar fins que a todos interessam, porque são de interesse geral ou comum”. Assim, as atividades restritivas da Administração – como a de polícia administrativa – têm por único escopo permitir o adequado e harmonioso gozo dos direitos e liberdades fundamentais.²⁹³

Destarte, a proteção do interesse público, muitas vezes operada através da restrição das liberdades, irrompe como uma condição para o exercício dessas. As restrições em nome do interesse público têm como própria justificativa os direitos fundamentais, o que representa inexoravelmente uma proteção do cidadão. Como alerta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “a existência de limites ‘sociais’ no exercício dos direitos fundamentais ajuda a entender sua operatividade no Estado Social. A vinculação dos direitos fundamentais e liberdades públicas aos interesses gerais precisamente garante sua existência”²⁹⁴. A essência do Direito Administrativo repousa, pois, no equilíbrio entre o poder e a liberdade, como derivação lógica da inexistência

²⁹² ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁹³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 19.

²⁹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 126.

de direitos absolutos, cujo condicionamento se justifica pelos interesses da comunidade²⁹⁵.

Não se nega que seria natural que o intervencionismo estatal propiciado a partir do Estado Social, em princípio justificado como condição para o exercício dos direitos e liberdades individuais, acabasse se convolvendo em um autoritarismo exacerbado ou até mesmo em um totalitarismo atentatório contra tais direitos. É o que ocorreu nos regimes nazi-fascistas, em que os direitos e liberdades individuais foram tolhidos em nome de um suposto interesse da nação. Entretanto, esse perigo de ampliação exagerada do poder estatal direcionado ao sacrifício das liberdades, propiciado pelo intervencionismo, encontra sua solução justamente no regime jurídico-administrativo, como corolário do Direito Administrativo²⁹⁶.

Esse regime, como se explanará de modo mais aprofundado adiante²⁹⁷, funciona como um equilíbrio entre a tensão autoridade administrativa vs. liberdade individual²⁹⁸, prerrogativas vs. sujeições do Poder Público²⁹⁹, privilégios da Administração vs. garantias dos particulares³⁰⁰. De um lado, a *supremacia do interesse público* assegura que a Administração exerça suas potestades evitando a exacerbação no exercício das liberdades individuais, harmonizando-as e condicionando-as mediante a atividade de polícia administrativa. De outro, a *indisponibilidade dos interesses públicos* impede o manejo arbitrário de tais prerrogativas pelo administrador, impondo-lhe uma série de sujeições jurídicas que operam como um contrapeso aos seus poderes especiais³⁰¹. E é nesse contexto, de afirmação de um regime administrativo que concilia poderes, competências e privilégios acentuados da Administração com limites e restrições pré-fixados pelo ordenamento jurídico, que

²⁹⁵ IVANEGA, Miriam M. Derecho administrativo y régimen exorbitante de derecho privado... *Op. Cit.*, p. 69.

²⁹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 52.

²⁹⁷ Parte I, Capítulo 1, item 1.3, subitem “1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”.

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia... *Op. Cit.*, p. 44.

²⁹⁹ RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, n° 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953.

³⁰⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, n° 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr. 1952.

³⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

avulta a importância da conceituação sistemática e jurídica da noção de interesse público como alicerce simultâneo dos poderes da Administração e das garantias do cidadão.³⁰²

É nessa medida que se pode afirmar que o modelo sob análise propugna uma preponderância do interesse público sobre o interesse privado, no sentido de que incumbe ao Estado interferir nas relações entre os particulares, seja mediante a elaboração de normas jurídicas, seja através de ações materiais, para assegurar que as condições de existência digna dos cidadãos – promovidas através da efetivação dos direitos fundamentais de todas as espécies, sobretudo os sociais – sejam proporcionadas. Portanto, é a dignidade da pessoa humana, compreendida sob um prisma solidário, que traduz o núcleo conceitual do interesse público nesse paradigma³⁰³, e que exige a adoção de medidas estatais que impeçam que o individualismo exacerbado ocasione a prevalência de interesses exclusivamente particulares sobre os interesses da coletividade.

O conteúdo desse interesse público – sua essência, sua dimensão, seus contornos – é delimitado pelo Direito positivo, especialmente pelos mandamentos constitucionais. É o próprio ordenamento jurídico, por conseguinte, que fixa as balizas que irão demarcar quais interesses privados deverão ceder passo ao interesse público. Nesse sentido, Emerson Gabardo ensina que para a concepção contemporânea de Direito Administrativo, deflagrada simultaneamente ao Estado Social do pós-guerra, o interesse público “é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo”³⁰⁴.

Em face desse quadro, força reconhecer que com o advento do Estado Social, altera-se o conceito de *interesse público*, que abandona um prisma individualista, dirigido unicamente à defesa das liberdades negativas dos cidadãos. Essa noção adquire um caráter solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os

³⁰² ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 53-54.

³⁰³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 111; FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, nº 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135-161, ene./abr. 2006. p. 142.

³⁰⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* *Op. Cit.*, p. 285.

interesses dos grupos hipossuficientes, que requerem uma atuação estatal no âmbito privado para reequilibrar juridicamente as relações desiguais. Para tanto, os ordenamentos jurídicos passam a prever uma série de mecanismos destinados a condicionar o exercício dos direitos e liberdades individuais em prol dos interesses da coletividade, estabelecendo, com isso, uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

Nessa conjuntura é que emerge o *princípio constitucional da supremacia do interesse público*, dentro de uma perspectiva global verificada nos sistemas jurídicos que adotam, implícita ou explicitamente, a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito. Essa norma, no entanto, adquire especial importância na seara do Direito Administrativo, por constituir um dos pilares fundantes do regime jurídico-administrativo, fornecendo, ao lado do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, as bases de fundamentação e explicação desse conjunto normativo que confere prerrogativas e impõe sujeições à Administração Pública, para lhe permitir a satisfação do interesse geral.

1.3. Embasamento normativo-constitucional do princípio

Após identificar as características do paradigma político em que se enquadra o princípio da supremacia do interesse público, e compreender as razões históricas pelas quais o Estado passa a determinar, através (e nos limites) do sistema jurídico positivo, a preponderância dos interesses da coletividade sobre os interesses particulares, faz-se imperioso demonstrar a fundamentação normativa desse princípio na ordem constitucional brasileira.

Antes disso, convém explicitar os motivos que justificam a necessidade de se encontrar na Constituição, implícita ou explicitamente, um princípio jurídico que estabeleça a primazia do interesse público. A Administração Pública, em inúmeras situações, submete-se a um regime jurídico que lhe outorga prerrogativas não encontráveis no domínio do Direito Privado, cujo exercício nem sempre se encontra

expressamente autorizado pela lei³⁰⁵. Para evitar o seu manejo abusivo, mostra-se imperativo achar um fundamento normativo-constitucional que legitime o seu exercício, e, ao mesmo tempo, fixe os limites da sua utilização. E mesmo as prerrogativas taxativamente previstas pela lei carecem de um aporte constitucional, que forneça apoio jurídico ao diploma legislativo que as instituiu, demonstrando sua conformidade com os valores fundamentais compartilhados pela sociedade. É o que se pretende desenvolver no subitem 1.3.1.

Posteriormente, intenta-se demonstrar que é possível deduzir o princípio em tela de dispositivos constitucionais específicos, em especial do art. 3º, IV e do art. 66, §1º da Constituição Federal (1.3.2.). Além disso, será empreendida uma interpretação sistemática da Lei Fundamental de 1988, para apontar que uma leitura global da ordem jurídica brasileira oferece um amplo conjunto de elementos dos quais se pode extrair o princípio constitucional da supremacia do interesse público (1.3.3.).

1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições

A busca por um embasamento normativo-constitucional do princípio da supremacia do interesse público explica-se pela necessidade de se encontrar fundamentos de legitimação e limitação ao emprego de prerrogativas especiais pela Administração Pública. A procura por essas bases legitimatórias da atividade administrativa, que hodiernamente é compreendida no Brasil pela noção de regime jurídico-administrativo, tem acompanhado a evolução do Direito Administrativo, desde o seu surgimento³⁰⁶.

³⁰⁵ Como é o caso da autoexecutoriedade de certos atos administrativos, que, nas hipóteses não previstas pela lei, “pode ser manejada quando se tratar de medida urgente que, se não adotada, seja geradora de prejuízo para o interesse público”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. ed. Op. Cit., p. 44. Igual posição é adotada por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 200-201.

³⁰⁶ Para uma análise bem construída dessa busca na França, na Itália, na Alemanha e na Espanha, ver: PANIAGUA, Enrique Linde. *Fundamentos de Derecho Administrativo: del Derecho del Poder al Derecho de los ciudadanos*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia/Colex, 2009. p. 50-81.

Como já se mencionou³⁰⁷, é somente no contexto da afirmação do Estado de Direito, no qual o exercício do poder político passa a ser limitado e subordinado ao ordenamento jurídico, que surgem condições propícias à formação e ao desenvolvimento do Direito Administrativo³⁰⁸, razão pela qual costuma-se apontar a sua pálida existência – ou até mesmo inexistência³⁰⁹ – em períodos anteriores. Com o constitucionalismo moderno, entra em pauta a árdua e contínua luta em face das imunidades no exercício do poder político³¹⁰, fixando-se um quadro timbrado pelas manifestações revolucionárias do século XVIII contra as arbitrariedades do regime absolutista³¹¹.

A forma encontrada para controlar o poder estatal foi a sua subordinação às normas jurídicas, que passaram a reconhecer a existência de direitos individuais aos particulares, modificando a relação entre Estado e indivíduo, na medida em que este deixa de ser visto como *súdito* e passa a ser encarado como *cidadão*, sujeito de direitos. É precisamente nesse ponto que exsurge a necessidade do Direito Administrativo: a nova relação Estado/indivíduo demanda uma nova regulação jurídica, que deve ser orientada por uma racionalidade e princípios próprios.

O fenômeno ocorrido na França bem ilustra essa situação: a ruptura com as práticas do *Ancien Régime* proporcionada pela Revolução de 1789, responsável pela metamorfose do sistema político e jurídico, impôs a emergência da criação e sistematização de um específico ramo jurídico capaz de reger as novas relações que se estabeleceram na sociedade francesa. Com a instituição da jurisdição administrativa (competente para o julgamento de litígios envolvendo a Administração Pública),

³⁰⁷ Parte I, Capítulo I, item 1.2., subitem “1.2.2. A concepção individualista de interesse geral no liberalismo oitocentista”.

³⁰⁸ TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 166, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 37-44, out./dez. 1986. p. 38.

³⁰⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 77.

³¹⁰ Expressão utilizada por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

³¹¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. II-3.

apartada da jurisdição comum (destinada à solução das lides entre os particulares)³¹², fez-se necessária a elaboração de um regime jurídico próprio a ser aplicado pela primeira, distinto do sistema de Direito Privado.

A imperatividade do desenvolvimento de princípios e regras especiais para disciplinar as relações entre Estado e cidadão é evidenciada pela conhecida decisão do Tribunal de Conflitos francês, cognominada *arrêt Blanco*. Não são poucas as referências da doutrina jusadministrativista a esse caso, julgado no dia 8 de fevereiro de 1873. Tratava-se de pleito indenizatório em razão do acidente experimentado por uma menina, Agnès Blanco, atropelada por uma vagonete da fábrica de tabaco em Bordeaux. Ao decidir a questão do conflito de competência entre a jurisdição ordinária e o contencioso administrativo, o Conselheiro David, em célebre passagem, tece as seguintes considerações:

Considerando que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado pelos danos causados aos particulares por fatos de pessoas que ele emprega no serviço público *não pode ser regida por princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações entre particulares*; Que essa responsabilidade não é nem geral, nem absoluta; Que *ela tem suas regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados*; Que, portanto (...) só a autoridade administrativa é competente para apreciá-la.³¹³ (grifei)

Em que pese a efetiva originalidade do aresto seja questionada por parcela da doutrina francesa³¹⁴, o julgado é considerado extremamente importante para firmar a

³¹² Para uma análise do processo de criação da jurisdição administrativa na França, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. In: _____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-78.

³¹³ Tradução livre. No original: “*Cons. que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés; Que, dès lors, (...) l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*”. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grans arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 1.

³¹⁴ É o caso de René Chapus que, em sua tese, assevera que nada lhe parece menos certo do que o suposto abandono da jurisprudência anterior que se costuma enxergar nesse julgado. Em sua opinião, o aresto se situa rigorosamente na linha da jurisprudência anterior. CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris: LGDJ, 1954. p. 86.

autonomia do Direito Administrativo, visto que declara a inaplicabilidade do Código Civil às situações de responsabilidade estatal e consagra de forma definitiva a necessidade de elaboração de regras próprias para regular as relações entre o Estado e os particulares³¹⁵.

Inicialmente, ao longo do século XIX, o principal critério utilizado para sintetizar esse regime diferenciado foi o da *puissance publique*, que considerava o conjunto normativo inerente ao Direito Administrativo como exorbitante do direito comum³¹⁶. Segundo essa visão, em razão da posição de superioridade da Administração perante os particulares, o sistema normativo lhe conferiria prerrogativas que autorizariam a imposição unilateral de obrigações aos sujeitos privados, o que não ocorreria no Direito Privado, orientado por uma relação de igualdade. Com isso, sustentou-se que as ideias de poder e de soberania estatal seriam capazes de explicar o regime jurídico-administrativo, conforme defendia a Escola da *puissance publique*, representada, entre outros, por Edouard Laferrière, Henry Berthélemy e Maurice Hauriou³¹⁷.

Não se pode negar que, de fato, a incumbência da Administração Pública de harmonizar os interesses sociais requer a outorga dessas prerrogativas e, como consequência, torna-se imprescindível a sua submissão a um regime de atuação especial, que seja “tão diferenciado do regime comum privado como o exija, de uma parte, a rapidez e a eficácia das ações demandadas e, de outra, a natural prioridade de nível moral dos interesses públicos, ante um conflito com os interesses privados”³¹⁸. A questão é que tais poderes especiais só se justificam porque ao poder Público compete perseguir os interesses públicos: é a satisfação destes que legitima e fundamenta o emprego das prerrogativas da Administração³¹⁹.

³¹⁵ PAILLET, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980. p. 22.

³¹⁶ VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 27.

³¹⁷ HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 1.

³¹⁸ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 855.

³¹⁹ SAGUER, Marta Franch i. El interés público... *Op. Cit.*, p. 410.

Surge então, conforme anteriormente assinalado³²⁰, a Escola de Bordeaux, representada por Léon Duguit e seus discípulos, que erige o conceito de serviço público como pedra angular do Direito Administrativo. O que diferenciaria a atividade pública das atividades particulares seria o fato de que a primeira estaria “inteiramente consagrada à gestão de empreendimentos destinados a satisfazer o interesse geral, ou seja, os serviços públicos”³²¹. A ênfase é dada ao caráter de subordinação do Estado à realização dos interesses gerais da coletividade, e não mais às noções de poder e de soberania³²². O critério, todavia, também é questionado, uma vez que o âmbito de atuação da Administração não se restringe à prestação de serviços públicos³²³, cabendo-lhe também, por exemplo, o exercício da atividade de polícia administrativa³²⁴.

Superando a tentativa de encontrar um critério único, apto a compreender a unidade do Direito Administrativo, aparecem propostas de autores que procuram, cada qual a sua maneira, expressar a racionalidade desse ramo jurídico a partir da tensão autoridade da Administração/liberdade dos indivíduos³²⁵, que bem caracteriza a disciplina em discussão. Um dos precursores dessa proposição foi Jean Rivero, num ensaio publicado em 1953 sob o título “Existe um critério do direito administrativo?”³²⁶.

Sustenta o autor que as peculiaridades que marcam o Direito Administrativo decorrem de duas ideias opostas. De um lado, as normas que o integram diferenciam-se daquelas do Direito Privado por atribuírem ao Poder Público *prerrogativas* que inexistem nas relações entre particulares. De outro, no entanto, elas também submetem a Administração a *restrições* muito mais severas do que aquelas que o regime privado

³²⁰ Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem “1.1.1. Antecedentes doutrinários e a formulação originária de Celso Antônio Bandeira de Mello”.

³²¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 38.

³²² DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 2-32.

³²³ Segundo Clèmerson Merlin Clève, “conceituar o direito administrativo como a disciplina dos serviços públicos significa restringir arbitrariamente o foco de abrangência desse ramo jurídico”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Curitiba: Julex, 1988. p. 55.

³²⁴ RIVERO, Jean. *Op. Cit.*, p. 38.

³²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia... *Op. Cit.*, p. 44.

³²⁶ RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, n° 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953.

impõe aos seus destinatários. Exemplifica com a liberdade que os particulares têm de contratar com quem bem entenderem, escolhendo as finalidades de suas atividades, enquanto que o Poder Público sujeita-se a regras específicas para contratação e adstringe-se invariavelmente à perseguição do interesse geral³²⁷.

Demonstra então o jurista que a vasta maioria das normas que compõem o regime jurídico-administrativo expressam alguma dessas espécies de derrogação do Direito Privado – “derrogações *para mais* e derrogações *para menos*” – as quais se explicam pelas necessidades de atendimento do interesse geral³²⁸. Assim, pode-se dizer que é o *interesse público* que, de uma parte, legitima a instituição de prerrogativas especiais à Administração, e de outra, limita a sua atuação³²⁹. Com lastro nesse raciocínio, Rivero explica o regime jurídico-administrativo a partir desse binômio: *prerrogativas* conferidas à Administração “sem equivalente nas relações privadas” vs. *sujeições* “mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”³³⁰.

A formulação de Rivero é acolhida declaradamente por Guy Braibant, que em sua obra, ao expor “os princípios fundamentais do direito administrativo”, divide-os em dois títulos: as *prerrogativas*, englobando os poderes (de decisão e de execução) e as proteções (dos agentes e dos bens) da Administração, e as *sujeições*, compreendendo o princípio da legalidade e o princípio da responsabilidade, cada qual com seus diversos desdobramentos. Para ele, o Direito Administrativo distingue-se do Direito Civil não apenas por *majorações* do poder em prol da Administração, mas também pelas *minorações* de poder, que fazem pesar sobre o Poder Público obrigações que os particulares não precisam suportar³³¹.

Menciona, entre tantas outras, a situação de uma empresa privada que pode vender os seus produtos a quem lhe aprover, ao passo que a Administração deve prestar seus serviços observando o princípio da igualdade entre os usuários do serviço

³²⁷ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 42.

³²⁸ RIVERO, Jean. *Idem, Ibidem*.

³²⁹ NIETO, Alejandro. *La Administración sirve... Op. Cit.*, p. 2251.

³³⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 42.

³³¹ BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984. p. 169.

público, atendendo a todos sem distinção. Cita, ainda, a faculdade do empregador privado de poder recrutar seu pessoal do modo como quiser, enquanto que o Estado deve obedecer aos procedimentos legais para tanto, sendo o concurso público o principal deles. O jurista resume a questão assinalando que o Direito Administrativo é “um conjunto indivisível de prerrogativas e sujeições que são com frequência estreitamente ligadas umas às outras”³³².

A mesma explanação, embora com sensíveis diferenças terminológicas, é oferecida por Fernando Garrido Falla um ano antes de Rivero, no artigo “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, de 1952³³³. Explica que o Direito Administrativo agrupa suas instituições em torno de duas ideias antagônicas e complementares: *prerrogativa* administrativa e *garantia* do particular. Se a primeira reconhece à Administração um complexo de instrumentos que não encontram equivalentes do Direito Privado, e a coloca em uma situação de privilégio, a ela se contrapõem as garantias asseguradas aos sujeitos privados, graças às quais os privilégios deixam de ser arbitrários e convertem-se em peça lógica do sistema jurídico. Qualquer incremento das prerrogativas administrativas demanda, necessariamente, uma adaptação do sistema de garantias, que proporcione o equilíbrio dessa relação.³³⁴

Esse entendimento é acatado por Luis de la Morena y de la Morena, para quem o Direito Administrativo submete-se a uma dupla tensão. De uma parte, a Administração, como gestora do interesse público, recebe desse regime jurídico um conjunto de prerrogativas, por ele denominadas de *poder administrativo*; de outra, os cidadãos, paralelamente a esses privilégios, obtêm do Direito Administrativo uma série de *garantias* em face de eventuais abusos que venham a ser cometidos pelo Poder Público no exercício daquele poder. Nesse passo, aduz que o Direito Administrativo se

³³² BRAIBANT, Guy. *Op. Cit.*, p. 167-170.

³³³ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr.1952. p. 37 et seq.

³³⁴ Tais ideias são sintetizadas pelo autor no Prólogo à 1ª edição de seu Tratado de Direito Administrativo, publicada em 1958. Cf.: GARRIDO FALLA, Fernando. Prólogo a la primera edición. In: _____. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. I. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 18-20.

manifesta, a um só tempo, como um *Direito da desigualdade*, em relação aos poderes que outorga à Administração, e como um *Direito para a igualdade*, no tocante aos fins que persegue: a “supressão de diferenças sociais injustificadas (...) cuja eliminação se converte por si mesma em causa de interesse público”.³³⁵

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández acompanham tal posição, indicando que a especificidade dessa disciplina jurídica repousa sobre o equilíbrio entre *privilégios* da Administração e *garantias* dos cidadãos. Os *privilégios* são exemplificados com a possibilidade de a Administração criar, modificar ou extinguir direitos mediante atos unilaterais, executar de ofício suas próprias decisões, ter um regime de bens afetado pela utilidade pública, gozando de impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, etc. Em contrapartida, o Direito Administrativo proporciona, ao lado desses privilégios, *garantias* de natureza econômica³³⁶ e jurídica^{337 338}.

Pontuam os autores que o Direito Administrativo é formado por esse complexo binômio, e que, de certo modo, todos os problemas jurídico-administrativos consistem “em buscar esse equilíbrio: assegurá-lo quando for encontrado e reconstruí-lo quando for perdido”. Concluem asseverando que, em última análise, o que está por trás dessa questão é o dever da Administração de “perseguir e obter o eficaz serviço do interesse geral, sem minguar das situações jurídicas, igualmente respeitáveis, dos cidadãos”³³⁹. Logo, é a consecução do *interesse público* que justifica tanto os privilégios administrativos quanto a proteção das garantias dos particulares.

De tais ilações é possível inferir que, por mais paradoxal que possa parecer, o *interesse público* serve para legitimar e, simultaneamente, para limitar o exercício do poder.³⁴⁰ As prerrogativas e sujeições especiais da Administração encontram a sua

³³⁵ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 859.

³³⁶ V.g., pagamento do justo preço no caso de desapropriação; indenização a qualquer lesão experimentada pelo particular, resultante da atividade administrativa.

³³⁷ V.g., atuação submetida a um procedimento legalmente definido; sistema de recursos administrativos e jurisdicionais para o controle da legalidade de suas condutas.

³³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. p. 51-53.

³³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Idem*, p. 53.

³⁴⁰ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2211.

razão de ser no interesse público que as justifica,³⁴¹ “sem cuja existência perderiam qualquer significado”³⁴². Daí a relevância dessa noção e a sua função central na fundamentação do regime jurídico-administrativo, uma vez que ela exerce um papel de “contrapeso oposto a todo excesso e extralimitação da Administração”, logrando “um adequado equilíbrio entre as liberdades e os direitos individuais e as exigências da vida em comunidade”³⁴³.

Na doutrina jurídica brasileira, como se pôde observar³⁴⁴, o conceito de interesse público assumiu especial relevância na explicação do regime jurídico-administrativo, desde a pioneira construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴⁵. O equilíbrio entre prerrogativas e restrições especiais da Administração é explicado pelo autor mediante a referência a dois princípios jurídicos que constituiriam as “pedras de toque” desse conjunto normativo: (i) o da *supremacia do interesse público sobre o privado*, que autoriza a instituição de privilégios e poderes em prol da Administração para possibilitar-lhe o adequado alcance do interesse público; e, como contrapartida, (ii) o da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*, do qual decorrem diversas sujeições às quais se subordina o Poder Público, para assegurar que o interesse público seja efetivamente perseguido, fornecendo-se para tanto um plexo de garantias em favor do cidadão³⁴⁶.

A formulação de tais fundamentos para elucidar o regime jurídico-administrativo, como se vê, encontra-se afinada com a tendência da doutrina estrangeira de não mais abraçar uma noção única para explicar todo o Direito Administrativo, mas, ao invés, radicá-lo nas duas ideias opostas que o caracterizam (poder/prerrogativa/autoridade vs. sujeições/garantias/liberdade), as quais, por estarem em permanente tensão, devem ser equilibradas. O fato é que, na doutrina brasileira,

³⁴¹ LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français...* Op. Cit., p. 111 et seq.

³⁴² BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 109.

³⁴³ ESCOLA, Héctor Jorge. Op. Cit., p. 13.

³⁴⁴ Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem “1.1.1. Antecedentes doutrinários e a formulação originária de Celso Antônio Bandeira de Mello”.

³⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... Op. Cit.

³⁴⁶ A questão foi exposta detalhadamente na Parte I, Capítulo 1, item “1.1. Origem e desenvolvimento teórico do princípio”.

essa elaboração dos alicerces do regime jurídico-administrativo não se baseia simplesmente em noções gerais, como as de *prerrogativa e sujeição*, mas sim em dois princípios jurídicos. É preciso, pois, identificar os seus fundamentos de validade no direito positivo, como pressuposto para afiançar a sua existência normativa.

Em relação ao *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*, do qual derivam as garantias propiciadas ao cidadão de que o interesse da coletividade realmente será buscado pela Administração, muitos dos subprincípios que constituem seus desdobramentos foram constitucionalizados pela Lei Fundamental de 1988. É o caso dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, enunciados no art. 37, *caput* da CF³⁴⁷. Todos eles retratam sujeições especiais impostas à Administração, com o fito de vinculá-la à concretização do interesse público, conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho³⁴⁸.

Também no art. 37 da Constituição Federal estão previstas outras dessas restrições especiais, que emanam do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Os deveres de abertura de processos de concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público³⁴⁹ (art. 37, II da CF³⁵⁰) e de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI da CF³⁵¹) são exemplos disso. É pelo fato de o interesse público não estar à

³⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

³⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público*: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 95.

³⁴⁹ Sobre a qualificação do concurso público como processo administrativo, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O concurso público e o processo administrativo. In: Fabrício Motta. (Org.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 73-89.

³⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 37. (...) II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

³⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 37. (...) XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos

livre disposição do administrador que se faz imperiosa a exigência dessas formas impessoais de recrutamento de agentes públicos e de contratação de particulares pela Administração. Além disso, traduzem mecanismos garantidores de que o cidadão será tratado de forma igualitária.

Diversas outras garantias advindas da indisponibilidade dos interesses públicos encontram-se albergadas pelo texto constitucional. A responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros pelos seus agentes, que retrata evidente proteção do indivíduo em face das lesões que o Poder Público venha a lhe causar, está definida no art. 37, §6º da CF³⁵². O direito fundamental ao devido processo legal e os seus corolários (tais como a ampla defesa³⁵³ e o contraditório) são assegurados no processo administrativo pelos incisos LIV³⁵⁴ e LV³⁵⁵ do art. 5º da CF. E do inciso XXXV³⁵⁶ desse mesmo dispositivo extrai-se o direito do cidadão ao controle jurisdicional dos atos administrativos. Por sua vez, o princípio da continuidade do serviço público³⁵⁷ é

termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

³⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 37. (...) § 6º.** As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

³⁵³ Em relação ao tema da defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, conferir: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 39, Belo Horizonte: Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010.

³⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³⁵⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁵⁷ A respeito do direito fundamental ao serviço público adequado, dedutível do referido princípio, ver a proposta pioneira de BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad en el Derecho Público*, nº 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002, bem como o seu desenvolvimento, realizado por SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

igualmente tutelado em sede constitucional, através do art. 175, parágrafo único, IV da CF³⁵⁸.

Nesse sentido, não há dúvida de que a *indisponibilidade dos interesses públicos*, como ideia-síntese das sujeições especiais da Administração Pública em prol do cidadão, pode ser identificada como um princípio implícito no tecido constitucional. O dever da Administração de obedecer a todos os seus desdobramentos, tais como os acima arrolados, resulta diretamente da sua submissão à Constituição, já que eles foram tutelados por diversas normas da Lei Maior de 1988.

Ocorre que o fundamento jurídico que legitima o exercício das prerrogativas do Poder Público, e a criação de privilégios para a Administração, não aparece de maneira explícita no texto constitucional. Por que razão os dispositivos legais que instituem prazos maiores para a Fazenda Pública contestar e recorrer, nos processos judiciais, não são inconstitucionais? E por qual motivo se reputa juridicamente legítima a presunção de veracidade dos atos administrativos? Nos casos em que a lei não estipula expressamente, mas que apresentam ameaça de grave prejuízo ao interesse público, a exigir providências urgentes da Administração, qual é a base jurídica que confere autoexecutoriedade aos atos administrativos?

Se a Constituição protege como direitos fundamentais a liberdade e a propriedade, por que se deve reputar como constitucionais as leis que autorizam a Administração a restringir o exercício desses direitos mediante atividade de polícia administrativa, como na hipótese do direito de construir, que demanda o preenchimento de requisitos legais para a sua concessão? E o que é que respalda constitucionalmente o dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos que autoriza a Administração a rescindir unilateralmente os contratos públicos firmados com os particulares, por razões de interesse público³⁵⁹? Antes da

³⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. **Parágrafo único.** A lei disporá sobre: (...) **IV** - a obrigação de manter serviço adequado”.

³⁵⁹ Lei Federal nº 8.666/93: “**Art. 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) **XII** - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela

promulgação da Lei Federal nº 9.784/99, com a previsão de seu art. 53³⁶⁰, qual era o fundamento normativo que permitia à Administração revogar um ato administrativo válido, por motivos de conveniência e oportunidade?

Todos esses privilégios e prerrogativas, que são, respectivamente, usufruídos e manejadas pela Administração Pública brasileira, requerem um amparo constitucional que avalize juridicamente as leis que os instituem, nos casos em que houver, e exigem uma norma jurídica que os legitime, nas situações em que a lei não os prevê. Tal alicerce consiste no *princípio constitucional da supremacia do interesse público*. É precisamente por isso que se faz imprescindível identificar qual é o embasamento normativo-constitucional desse princípio, que legitima e limita o exercício desses benefícios e poderes especiais conferidos ao Poder Público para a realização dos interesses da coletividade.

Pretende-se sustentar que o princípio sob exame deflui de dispositivos constitucionais específicos (1.3.2.), a saber, do art. 3º, IV e do art. 66, §1º da CF, e que, além disso, decorre de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (1.3.3.). Parte-se, então, para a apresentação das bases constitucionais do princípio da supremacia do interesse público.

1.3.2. Fundamentos constitucionais específicos

Determinados autores, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, consideram que o princípio da supremacia do interesse público não se radica em um dispositivo constitucional específico, mas sim na própria ideia de Estado³⁶¹. A posição sustentada neste trabalho é diversa. Julga-se possível identificar uma disposição constitucional específica na Lei Fundamental de 1988 da qual se pode deduzir o

máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

³⁶⁰ Lei Federal nº 9.784/99: “**Art. 53.** A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

³⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 52.

princípio em questão: o art. 3º, IV da Constituição Federal. O dispositivo assim determina:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição de 1988, em seu Título I (arts. 1º ao 4º), arrola os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Consistem em normas estruturantes do sistema constitucional brasileiro, que refletem decisões políticas fundamentais do constituinte³⁶² e compõem as linhas mestras a serem seguidas por todos os Poderes do Estado, no exercício das funções executiva, legislativa e jurisdicional. Em meio a esses princípios encontra-se, na forma de um dos objetivos fundamentais da República, o dever de “promover o bem de todos”.

É evidente que o Poder Público, para lograr a promoção do bem-estar de todos os brasileiros, necessita de uma gama de prerrogativas que lhe outorguem condições indispensáveis à harmonização dos diversos interesses particulares contrapostos no seio da sociedade. Faz-se mister, pois, impedir que determinados interesses exclusivamente privados se sobreponham aos anseios da coletividade, impedindo com isso o bem-estar geral do corpo social. É nessa medida que se pode dizer que o dever estatal de “promover o bem de todos”, encomendado pelo art. 3º, IV da Constituição Federal, traduz o fundamento normativo do princípio constitucional da supremacia do interesse público.

Impende observar que, embora praticamente inexplorada pelos Cursos de Direito Constitucional e Comentários à Constituição, a disposição em tela – se bem analisada – contém ao menos dois princípios jurídicos. Se a segunda parte do inciso IV do art. 3º da CF traduz o *princípio da não discriminação*³⁶³ (“sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), é bem verdade que a primeira parte do dispositivo não tem sido objeto de atenção mais detida

³⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 93.

³⁶³ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 94.

da doutrina constitucionalista. Da sua parte final, depreende-se com facilidade que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é coibir a prática da discriminação, do racismo, do preconceito de qualquer ordem, fomentando a igualdade entre os indivíduos. Mas o que quis determinar o constituinte ao erigir como princípio constitucional o dever do Estado brasileiro de “promover o bem de todos”?

O princípio constituiria irretorquível redundância se quisesse significar tão-somente que ao Poder Público é vedado prejudicar os cidadãos. Que um Estado Democrático de Direito (mormente sob os auspícios do princípio republicano) tem por obrigação a promoção do bem de todos, trata-se de verdadeira obviedade. E como bem se sabe, a Constituição não contém palavras supérfluas³⁶⁴. É preciso, pois, retirar da primeira parte do art. 3º, IV da CF uma interpretação mais sofisticada, que justifique a sua inserção no rol de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Desse modo, a melhor forma de interpretar o sentido da expressão “promover o bem de todos” é reconhecer nesse comando o princípio constitucional da supremacia do interesse público, cujo conteúdo jurídico faz espargir o dever estatal de buscar a prevalência do bem comum, do interesse coletivo primário, sobre as pretensões egoísticas e exclusivamente privadas que atentem contra os interesses da sociedade em si considerada, ou dos indivíduos enquanto membros da coletividade. É com fulcro no art. 3º, IV da CF, portanto, que a Administração Pública encontra-se autorizada a exercer suas prerrogativas especiais (e antigamente consideradas como “exorbitantes do direito comum”³⁶⁵) para a satisfação do interesse público³⁶⁶.

³⁶⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 140.

³⁶⁵ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 237.

³⁶⁶ Discorda-se, por conseguinte, de Fábio Medina Osório, quando assevera que “No Brasil, é certo, não há norma específica consagrando o interesse público como princípio geral da Administração Pública na CF”. Para o autor, cuida-se de “norma constitucional implícita, que decorre da leitura teleológica e sistemática do conjunto de normas constitucionais que vinculam a Administração Pública”. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000, p. 89 e nota de rodapé nº 24. Conquanto se possa dizer que da leitura sistemática da Constituição brasileira é possível apreender o princípio em questão, parece existir, além disso, um fundamento normativo específico no art. 3º, IV do texto constitucional.

A identificação desse dispositivo constitucional como fonte do princípio analisado não passou despercebida pela doutrina administrativista. Romeu Felipe Bacellar Filho, ao asseverar que a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares, exatamente pelo fato de que “o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum”, acena para o berço constitucional do princípio, quando registra que “a Constituição referiu-se expressamente ao bem comum, o qual constitui objetivo fundamental de toda sua atividade (...). O bem de todos a que alude o art. 3º, IV, da Carta Magna é o bem comum”³⁶⁷.

No mesmo influxo, assinala Juarez Freitas: “O princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o ‘bem de todos’, no dizer do art. 3º da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa”, destacando que essa vontade geral não se confunde com a vontade do aparato estatal, nem com o desejo da maioria³⁶⁸. O autor, muito embora manifeste preferência pela expressão “primado do interesse público” em detrimento do termo “supremacia”, reconhece o seu assento constitucional relacionando-o com a “realização da antiga meta de que o Estado – que somos nós – *promove o bem de todos*”³⁶⁹.

O reconhecimento de que o interesse público, como princípio a ser tutelado pela Administração, possui matriz constitucional nas expressões “bem de todos” ou “bem estar geral” encontra-se presente também no Direito argentino. Héctor Jorge Escola aduz que a noção de “bem estar geral”, plasmada no preâmbulo da Constituição da Nação Argentina³⁷⁰, encontra o seu correlato jurídico na ideia de interesse público³⁷¹.

³⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: _____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128, e nota de rodapé nº 8.

³⁶⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

³⁶⁹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 59 (grifei).

³⁷⁰ Constituição da Nação Argentina de 1853 (De acordo com a Reforma de 1994): “**Preâmbulo:** *Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para*

No mesmo influxo, Germán J. Bidart Campos noticia que a Corte Suprema de Justiça Argentina considera o “bem estar geral” inscrito no preâmbulo como um equivalente ao “bem comum” ou ao “bem público”³⁷².

Além do art. 3º, IV da CF, há outro dispositivo constitucional apto a fornecer fundamento de validade ao princípio em comento: o § 1º do art. 66 da Constituição de 1988. De acordo com tal disposição:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Consoante a norma constitucional supratranscrita, o Presidente da República poderá vetar um projeto de lei por dois motivos: (i) inconstitucionalidade; (ii) contrariedade ao interesse público. Isso implica dizer que esses dois fundamentos se revestem de uma significação extremamente relevante, a ponto de autorizar o Chefe do Poder Executivo a impedir o ingresso de determinado conjunto normativo no ordenamento jurídico (ainda que já haja sido aprovado pelos parlamentares eleitos democraticamente pelo povo). E é justamente por isso – pela sua elevadíssima importância – que tanto a constitucionalidade quanto o interesse público retratam valores jurídicos que ostentam supremacia sobre os demais, consubstanciando, respectivamente, o *princípio da supremacia constitucional* e o *princípio da supremacia do interesse público*.

O paralelo entre esses dois princípios, que conforme se sustentará gozam de características peculiares na ordem jurídica pátria, será realizado na Parte II, Capítulo 3, item 3.3., subitem 3.3.2. deste estudo. Por ora, releva consignar que ambos estabelecem a supremacia de determinados valores jurídicos – a constitucionalidade e

nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.

³⁷¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 31.

³⁷² CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo da Cunha (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

o interesse público – sobre os demais, em razão da sua significação para o sistema jurídico-social vigente, e por decorrência de expressa previsão normativa: o art. 66, §1º da CF.

Não é à toa que a Lei Fundamental permite que o Presidente da República vete um projeto de lei por contrariedade ao interesse público. Há um fundamento lógico para isso: este deve prevalecer sobre os interesses privados, seja de grupos que contem com uma maioria eventual no Congresso Nacional, seja de pretensões egoísticas dos próprios parlamentares. Logo, por mais que o interesse que se objetive satisfazer com o projeto de lei não constitua ofensa a normas constitucionais, confere-se ao Presidente a competência para recusar-se a sancioná-lo, como forma de assegurar o interesse público.

Ainda que não se possa deduzir explicitamente do art. 66, §1º da CF um princípio da supremacia do interesse público, incidente nas relações travadas pela Administração Pública – uma vez que o dispositivo diz respeito ao processo de elaboração legislativa –, não se pode negar que ele seja capaz de sedimentar um fundamento implícito de validade ao princípio. Ora, se o constituinte alçou o interesse público ao mesmo patamar de relevância emprestado ao princípio da constitucionalidade, segundo o qual a Constituição deve prevalecer sobre todas as normas, parece evidente que, outorgando-lhe a mesma eficácia suscetível de obstaculizar a aprovação de um projeto de lei, pretendeu estabelecer a supremacia do interesse público sobre os demais.

Não bastassem os fundamentos específicos acima arrolados (art. 3º, IV e art. 66, §1º da CF), uma interpretação sistemática da Constituição de 1988 conduz de modo inobjetable ao reconhecimento, pelo menos implícito, da supremacia do interesse público como um princípio constitucional, decorrente do regime e dos princípios adotados pelo sistema constitucional brasileiro. É o que se objetiva demonstrar a seguir.

1.3.3. Interpretação sistemática da Constituição

Além das disposições anteriormente referidas, é possível identificar no conjunto do sistema constitucional pátrio, mediante uma interpretação sistemática³⁷³, ampla fundamentação normativa ao princípio constitucional da supremacia do interesse público.

A Constituição brasileira de 1988, já no seu Preâmbulo, elege como valores supremos do Estado brasileiro a *harmonia social*, o *bem-estar* e a *justiça*. Em seguida, no art. 1º, II, a Constituição enuncia a *cidadania* como fundamento da República. A sua inserção logo no início da Carta Constitucional significa muito mais do que a titularidade de direitos políticos. Assim se manifesta Clèmerson Merlin Clève, ao pontuar que “a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo”³⁷⁴. Seu conceito é muito mais amplo: ela significa, segundo José Afonso da Silva, “o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal”³⁷⁵.

O mesmo se diga em relação à *dignidade da pessoa humana*, prevista no art. 1º, III da CF, cuja proteção demanda ações estatais que coíbam a prevalência do individualismo exacerbado – como no âmbito das relações trabalhistas ou consumeristas, por exemplo, em que a preponderância dos interesses privados econômicos dos empregadores e fornecedores pode atentar contra esse valor fundamental, juridicamente tutelado e, portanto, qualificado como interesse público.

A compreensão da *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana* como valores públicos e não privados decorre da determinação constante no art. 3º, I, da Lei Maior, que define como objetivo fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Conjuguem-se a esse objetivo os princípios do *bem-estar* e da *justiça sociais*, albergados nos arts. 170 e 193 da Constituição como fundamentos da ordem

³⁷³ A propósito do tema, em uma perspectiva tópica, ver: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16.

³⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 104.

econômica e da ordem social, bem como o valor da *harmonia social* enunciado no Preâmbulo.

As noções de *justiça* e *harmonia sociais* e de *solidariedade* pressupõem um Estado pautado pela integração dos indivíduos, pelo combate à opressão e à desigualdade, pela impossibilidade de se permitir a primazia de interesses exclusivamente particulares sobre bens jurídicos tutelados constitucionalmente. O *cidadão* e a *pessoa humana*, num Estado em que se propaga a *solidariedade* como valor jurídico-normativo, deixam de ser considerados apenas em si mesmos e passam a constituir membros de uma coletividade igualitária.

É essa racionalidade – de interação dos indivíduos enquanto membros da coletividade – que levou o constituinte a versar sobre a política de desenvolvimento urbano, erigindo como tarefa do Poder Público municipal “ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o *bem-estar de seus habitantes*” (art. 182, *caput*³⁷⁶ da CF). A *função social da cidade* pressupõe um espaço urbano equilibrado, em que estejam harmonizados os diversos interesses conflitantes em matéria de utilização da propriedade, ocupação do solo, políticas de tráfego, medidas de proteção ao meio ambiente, entre tantas outras³⁷⁷. E essa ordenação só se faz possível através do reconhecimento de uma supremacia do interesse público, a qual fornece fundamento aos diversos instrumentos da política urbana previstos pelo Estatuto da Cidade³⁷⁸ para alcançar esse fim.

É precisamente esse conjunto axiológico mais geral, decantado das normas constitucionais estruturantes e de caráter acentuadamente abstrato, que oferece suporte sistemático a uma série de mecanismos fornecidos pela Lei Fundamental para garantir

³⁷⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o *bem-estar de seus habitantes*” (*grifei*).

³⁷⁷ COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 249.

³⁷⁸ Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

a supremacia do interesse público. No próprio rol de direitos fundamentais individuais e coletivos uma vasta gama de exemplos pode ser facilmente recolhida.

O art. 5º, XXII assegura o direito de propriedade, mas no inciso seguinte já condiciona o exercício desse direito ao atendimento da sua função social (art. 5º, XXIII). Se a propriedade só poderá ser resguardada na medida em que atenda a uma função social, resta claro que o interesse privado do proprietário encontra-se subordinado ao interesse da coletividade. E mais: o inciso XXIV do mesmo artigo proclama que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Note-se que no próprio elenco de direitos fundamentais a Constituição autoriza que o Poder Público desaproprie determinado imóvel quando o interesse público assim o exigir, e em alguns casos independentemente do fato de a propriedade estar ou não cumprindo a sua função social. Embora o descumprimento da função social constitua requisito para a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (art. 184, *caput*³⁷⁹ e 185, II³⁸⁰ da CF), a expropriação por utilidade ou necessidade pública pode ser levada a efeito em relação a propriedades produtivas.

É também no catálogo do art. 5º, no inciso XXV³⁸¹, que a Constituição autoriza a requisição de propriedade particular pela autoridade competente “no caso de iminente perigo público”. É evidente que o dispositivo assegura o direito à indenização ulterior, nos casos de dano, resguardando o interesse *público* (e não privado, como se poderia imaginar) do proprietário de ser ressarcido pelos danos que sofreu. O interesse realmente privado, neste caso, estaria representado pelo eventual anseio do proprietário de não ter a sua propriedade sequer utilizada pelo Poder Público. É o

³⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 184.** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, *o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei” (*grifei*).

³⁸⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 185.** São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: (...) **II** - a propriedade produtiva”.

³⁸¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **XXV** - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

próprio texto constitucional que prevê o afastamento desse interesse particular, caso existente, em favor do interesse da coletividade.

A proteção da propriedade industrial encontra-se igualmente associada ao *interesse social*, no art. 5º, XXIX³⁸² da CF. Também é a supremacia do interesse público que outorga a todos o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”, conforme o art. 5º, XXXIII³⁸³ da CF. O sigilo, nos casos em que este “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, constitui exceção à regra, e ainda assim representa o interesse público: é a supremacia deste que justifica a restrição à publicidade das informações detidas pelo Poder Público. O mesmo se diga em relação aos atos processuais, que, de acordo com o art. 5º, LX³⁸⁴ da CF, poderão ter a sua publicidade restringida quando o interesse social assim o exigir.

Cite-se ainda o art. 192 da Constituição Federal, segundo o qual o sistema financeiro nacional deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir *aos interesses da coletividade*”³⁸⁵. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é o interesse público que se procura defender”³⁸⁶ com a referida norma.

³⁸² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXIX** – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social* e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (*grifei*).

³⁸³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXXIII** – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

³⁸⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) LX** - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o *interesse social* o exigirem” (*grifei*).

³⁸⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 192.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a *servir aos interesses da coletividade*, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram” (*grifei*).

³⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009. p. 48.

O farto conjunto normativo acima transcrito mostra, de forma exemplificativa, que a sistemática constitucional brasileira de 1988 acolheu a prevalência do interesse público sobre o privado, de sorte que, por mais que se refute a existência de dispositivos constitucionais específicos aptos a avalizar a normatividade do princípio, ele ostenta, pelo menos, assento constitucional implícito.

CAPÍTULO 2 – A COMPOSTURA JURÍDICA DO PRINCÍPIO

A compreensão do sentido de qualquer princípio inscrito em um sistema normativo pressupõe o conhecimento da sua configuração jurídica. Além de reconhecer o seu fundamento de validade no Direito positivo³⁸⁷, é imprescindível identificar os elementos que o compõem, como premissa para definir o seu conteúdo e as consequências jurídicas, bem como a sua forma de incidência nos casos concretos.

O princípio constitucional da supremacia do interesse público, conquanto vastamente utilizado pela Administração Pública e pela jurisprudência no Brasil, suscita dúvidas e, muitas vezes, equívocos na sua aplicação, oriundos da ausência de uma apreensão correta do seu significado. Como se viu no item 1.1. do Capítulo 1³⁸⁸, as únicas obras que efetivamente dedicaram atenção aprofundada e detalhada à compostura jurídica desse princípio e às suas condições de aplicabilidade foram as de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸⁹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹⁰. Impende, pois, realizar uma incursão nessa seara, buscando aclarar a estrutura, os elementos, e os efeitos jurídicos do princípio em foco.

A relevância de uma explicação acurada sobre cada um desses aspectos avulta diante da aparição de manifestações críticas da doutrina quanto à existência e à aplicabilidade desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, que têm insinuado a impossibilidade de enquadrá-lo na categoria normativa de “princípio”, a sua inutilidade prática e o perigo de legitimação de condutas administrativas autoritárias,

³⁸⁷ Conforme se buscou realizar na Parte I, Capítulo 1, item “1.3. Embasamento normativo-constitucional do princípio”.

³⁸⁸ Parte I, Capítulo 1, item “1.1. Origem e desenvolvimento teórico do princípio na doutrina brasileira”.

³⁸⁹ O resultado final da formulação teórica do autor, que iniciou-se em 1967 e com o passar dos anos foi se robustecendo com novos argumentos, pode ser conferido na obra MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52-73 e p. 96-99.

³⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. In: _____. *Discrecionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 153-170. Esta última, no entanto, enfatiza mais a perspectiva histórica, explorando detidamente as transformações do conceito de interesse público nos diferentes modelos de Estado, aclarando o seu sentido e delimitando a sua noção, sem debruçar-se com mais detença sobre a estrutura jurídica e as condições de aplicabilidade do princípio.

supostamente por ele proporcionado.³⁹¹ Todas essas oposições, ao que tudo indica, resultam de uma interpretação errônea acerca do conteúdo do princípio em epígrafe, pelo que se impõe uma adequada elucidação de sua arquitetura jurídica.

Antes de adentrar na análise das *noções de interesse público* subjacentes ao princípio (2.2.), que traduzem elemento crucial para entendê-lo, e no exame do significado da afirmação de sua *supremacia* (2.3.), locução suscetível a ensejar eventuais mal-entendidos, insta apreciar quais os conceitos de *princípio jurídico* que podem ser empregados para defini-lo, haja vista a multiplicidade de acepções que o referido termo pode comportar (2.1.).

2.1. Conceitos de *princípio jurídico* e a norma da supremacia do interesse público

O primeiro componente do princípio constitucional da supremacia do interesse público cuja análise reclama atenção consiste na variedade de conceitos de *princípio jurídico* que podem ser adotados, quando a ele se faz referência. E isso decorre da pluralidade de sentidos que esse termo pode assumir, como bem demonstra Genaro Carrió, ao arrolar onze formas distintas de se empregar tal expressão³⁹². Essa ampla variedade conceitual pode facilmente provocar confusões³⁹³, como, de fato, tem ocorrido no caso vertente³⁹⁴.

Sucede que as diversas compreensões acerca do vocábulo “princípio” variam significativamente conforme o paradigma jusfilosófico em que se esteja inserido, e, mesmo dentro de cada um deles, ainda que sejam compartilhadas determinadas

³⁹¹ A avaliação de cada uma dessas críticas e de seus diversos desdobramentos, bem como a tentativa de respondê-las, constitui o objeto dos três capítulos que compõem a Parte II deste trabalho, intitulada “A improcedência das críticas ao princípio constitucional da supremacia do interesse público”.

³⁹² CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2006. p. 210-212.

³⁹³ LEGUINA VILLA, Jesús. Principios generales del Derecho y Constitución. *Revista de Administración Pública*, nº 114, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-37, sep./dic. 1987. p. 7.

³⁹⁴ A questão será explorada, com maiores minúcias, na Parte II, Capítulo 3 – “Possibilidade de enquadramento na categoria normativa de “princípio””.

premissas³⁹⁵, há uma infinidade de divergências teóricas entre os modelos. Arrisca-se a dizer que haverá tantas concepções de *princípio jurídico* quanto o número de pensadores que se propuserem a enunciá-las. Prova disso são as obras que se ocupam especificamente dessa temática, cujos autores acabam tendo de expor, separadamente, a visão de cada teórico quanto ao tema³⁹⁶. É possível, todavia, pontuar a traços largos alguns pontos de consenso acolhidos no seio da perspectiva do *jusnaturalismo moderno*, do *positivismo jurídico* e do *pós-positivismo* em relação ao conceito de *princípio*.

Sob o prisma *jusnaturalista*, em seu viés moderno (século XVI a meados do século XIX)³⁹⁷, os princípios gozam de normatividade “nula e duvidosa”³⁹⁸, situando-se em uma esfera abstrata e metafísica, uma vez que sua natureza ético-valorativa os aproximava de uma ideia inspiradora dos postulados de justiça³⁹⁹. Partindo da distinção entre *Direito Natural* e *Direito Positivo*, os jusnaturalistas modernos situavam os princípios no plano do primeiro, que poderia ser conhecido através da razão, a qual, por sua vez, derivaria da natureza das coisas, diferentemente do Direito Positivo, que seria conhecido mediante uma declaração de vontade do legislador⁴⁰⁰. Seriam, pois, princípios de justiça, inscritos em um Direito ideal, de validade universal e imutável⁴⁰¹, e não normas dedutíveis de um ordenamento jurídico específico, positivado pelo homem.

³⁹⁵ V.g., no cenário do pós-positivismo, o pressuposto de que os princípios operam força normativa. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, nº 11, Porto Alegre: Notadez, p. 42-73, jul./ago. 2001, em especial o Capítulo III, item “III – Pós-positivismo e a normatividade dos princípios”.

³⁹⁶ Ver, a título exemplificativo, as obras de Eros Roberto Grau e de Ruy Samuel Espíndola, que apresentam em tópicos separados as propostas de diferentes pensadores, em função das especificidades de cada uma delas. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 169-187; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998. p. 105-246.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 232, Rio de Janeiro: Renovar, p. 141-176, abr./jun. 2003. p. 146.

³⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259.

³⁹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Op. Cit.*, p. 58.

⁴⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 22.

⁴⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 261.

Abandonando a diferenciação entre *Direito Natural* e *Direito Positivo*, por considerar como válido somente o sistema normativo positivado pelo legislador⁴⁰², o *positivismo jurídico* reduz todo o Direito ao que dispõe a lei⁴⁰³. De acordo com Clèmerson Merlin Clève, trata-se de uma concepção formalista da experiência jurídica, cuja expressão máxima reside na fórmula “A lei contém todo o direito”⁴⁰⁴. Por encará-lo como uma ciência, essa corrente filosófica entende que o Direito deve ocupar-se unicamente com juízos de fato, analisando se as normas são válidas ou inválidas, não cabendo ao operador jurídico exercer juízos de valor, apreciando se uma norma é justa ou injusta⁴⁰⁵. Afasta-se da premissa jusnaturalista de que a validade de uma regra de Direito positivo depende de sua conformidade com os princípios de justiça previstos pelo Direito Natural⁴⁰⁶.

Ademais, essa vertente abraça como um de seus pressupostos centrais a crença na completude do ordenamento jurídico-positivo: para assegurar a certeza do direito, nega-se a existência de lacunas no sistema normativo⁴⁰⁷. Em razão disso, o juiz, em face da ausência de uma regra específica dedutível da lei para resolver o caso, deverá recorrer à analogia e aos “princípios gerais do direito”. Estes últimos, embora já situados dentro do Direito positivo, são considerados como fontes secundárias do Direito, subsidiárias, aplicáveis tão somente nos casos em que faltar uma norma aplicável à situação concreta. Para o *positivismo jurídico* os princípios carecem, pois, de normatividade, funcionando apenas como “válvulas de segurança” para assegurar a completude do ordenamento⁴⁰⁸.

⁴⁰² Segundo Bobbio, por conta “do positivismo jurídico, ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, e o direito natural não é direito”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 33.

⁴⁰⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo... *Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história... *Op. Cit.*, p. 146.

⁴⁰⁶ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 16.

⁴⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* *Op. Cit.*, p. 207.

⁴⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 262. É a concepção acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal nº 5.869/73), que em seu art. 126 dispõe: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Se os princípios devem ser aplicados somente quando não houver normas, pressupõe-se que lhes falece normatividade. Intelecção similar se infere do art. 4º da Lei de

Esse paradigma filosófico, cujo ápice se alcançou no final do século XIX⁴⁰⁹, é responsável por construir um “direito por regras”⁴¹⁰, indiferente à (in)justiça das normas jurídicas e preocupado exclusivamente com a sua validade formal, conferida através da obediência aos procedimentos previstos para a sua elaboração. O papel das Constituições, nessa conjuntura, era essencialmente político e desprovido de força jurídica. Suas disposições expressavam diretrizes carentes de juridicidade e subjugadas ao império da lei, fonte por excelência do Direito, num Estado que mais do que “legislativo” poderia ser qualificado como “legalista”. Até meados do século XX, as Constituições europeias dirigiam-se em especial ao Poder Legislativo e a Constituição não era tratada como norma jurídica.⁴¹¹ Os direitos fundamentais, por seu turno, eram encarados como meras declarações que demandavam legislação integrativa para produzir força normativa⁴¹².

O *juspositivismo* encontra sua decadência após os regimes totalitários do período entre-guerras, que “ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”⁴¹³. Com o advento do Estado Constitucional, consolidado sobretudo nos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial, o Direito deixa de se fundamentar meramente na racionalidade científica, que separa os juízos de fato (válido/inválido) dos juízos de valor (justo/injusto). Começa-se a repudiar a compreensão positivista de um ordenamento jurídico afastado

Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁴⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

⁴¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil... Op. Cit.*, p. 109-111. Para uma crítica desse modelo, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 23-125.

⁴¹¹ O modelo constitucional norte-americano, por sua vez, já apresentava desde o século XIX a Constituição como norma jurídica suprema. Sobre as distinções entre o sistema de justiça constitucional recepcionado pela Europa no século XX e o sistema do *judicial review* norte-americano, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2006. p. 57-61 e TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional... Op. Cit.*, p. 49-56. Ver, ainda, CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, especialmente p. 65-100.

⁴¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

⁴¹³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro... *Op. Cit.*, p. 59.

de valores éticos, visto sob o prisma unicamente formal⁴¹⁴. O fenômeno jurídico deixa de se resumir à letra de lei e passa a incorporar elementos axiológicos, como a justiça e os direitos humanos (pretensões subjetivas invioláveis, patrimônio jurídico dos seus titulares, válidas por si mesmas, independentemente da lei)⁴¹⁵.

Inicia-se a formação de um novo paradigma, denominado por alguns autores de *pós-positivismo*⁴¹⁶. Trata-se, consoante Luís Roberto Barroso, de uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e da teoria dos direitos fundamentais”⁴¹⁷. Nesse cenário, os valores essenciais compartilhados pela comunidade passam a ser albergados nas Constituições, explícita ou implicitamente, na forma de *princípios jurídicos*, destinados a informar todo o ordenamento, como objetivos que os Poderes Públicos devem perseguir⁴¹⁸. O Direito passa a ser considerado em sua dimensão ética e axiológica, de sorte que os principais valores sociais revestem-se de juridicidade, tornando-se verdadeiras normas imperativas⁴¹⁹.

Assim, se no *jusnaturalismo* os princípios eram encarados como postulados de justiça emanados do Direito Natural, despidos de eficácia jurídico-normativa, e no *positivismo jurídico* ostentavam natureza residual e subsidiária, eis que incidentes apenas quando inexistisse norma aplicável ao caso, no *pós-positivismo* eles são marcados por dois traços distintivos essenciais: (i) detêm conteúdo valorativo; e, principalmente, (ii) desfrutam de plena normatividade. No contexto contemporâneo, os princípios, notadamente os constitucionais, adquirem centralidade nos ordenamentos⁴²⁰, convertendo-se em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o

⁴¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-10.

⁴¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 47 e 51.

⁴¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história... *Op. Cit.*, p. 146-147; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 264.

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.

⁴¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 93.

⁴¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

⁴²⁰ LEGUINA VILLA, Jesús. *Princípios generales del Derecho y Constitución...* *Op. Cit.*, p. 7.

edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁴²¹. Sedimenta-se um consenso, segundo o qual as normas jurídicas representam um *gênero* que comporta duas *espécies* distintas: os princípios e as regras.

Ocorre que mesmo no cenário contemporâneo, do chamado *pós-positivismo*, por mais que haja um acordo em relação ao caráter normativo dos princípios e ao fato de estes se distinguirem das regras, os critérios para caracterizar cada uma dessas duas espécies de norma nem sempre são os mesmos. Da segunda metade do século XX aos dias atuais vários autores, em que pese aceitarem tais premissas com certa tranquilidade, apresentaram propostas divergentes quanto ao fundamento de diferenciação entre os princípios e as regras.

E o problema surge justamente no momento em que essa distinção é vista como um lugar-comum, “como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos”⁴²². Não raro se observa, em trabalhos acadêmicos, a referência à diferença entre princípios e regras, sem a explicitação de qual critério está sendo empregado para estremá-los. Ou, o que é pior: adotam-se teorias incompatíveis entre si, como se compatíveis fossem⁴²³. Cuida-se do problemático fenômeno denominado por Virgílio Afonso da Silva de “sincretismo metodológico”⁴²⁴.

Sendo assim, não somente pela diversidade de acepções que o termo *princípio jurídico* pode comportar, como também pela heterogeneidade de critérios que a própria concepção normativa (*pós-positivista*) de princípios utiliza para apartá-los das *regras*, impõe-se, preambularmente, uma breve investigação acerca de duas diferentes noções difundidas na doutrina brasileira sobre essa espécie de norma jurídica (2.1.1.). Em seguida, serão apresentadas duas formas distintas de compreender o princípio

⁴²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* Op. Cit., p. 264.

⁴²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

⁴²³ A advertência é feita por SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003. p. 625. No mesmo sentido: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 45, Curitiba: SER/UFPR, p. 37-73, 2006. p. 38.

⁴²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

constitucional da supremacia do interesse público, conforme o conceito adotado: mandamento nuclear de um sistema (2.1.2.) e mandamento de otimização (2.1.3.).

2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa “princípio” na doutrina brasileira

Dentro da perspectiva *pós-positivista*, conforme mencionado, embora exista uma unanimidade quanto à normatividade dos princípios jurídicos, habitam compreensões diversas acerca do seu conceito. Há uma verdadeira plêiade de autores que prestaram contribuições para a formação desse consenso, havendo, contudo, aguçadas dissonâncias em torno de suas propostas. É o caso, apenas para citar alguns, de Jean Boulanger, Joseph Esser, Karl Larenz, Vezio Crisafulli, Ronald Dworkin e Robert Alexy⁴²⁵. Exemplo disso é a infinidade de critérios sugeridos para estabelecer a diferenciação entre princípios e regras, tais como: (i) conteúdo; (ii) origem e validade; (iii) compromisso histórico; (iv) função no ordenamento; (v) estrutura linguística; (vi) esforço interpretativo exigido; (vii) forma de aplicação⁴²⁶.

Em razão das inúmeras especificidades que as proposições de cada um desses autores detêm, seria demasiadamente extensa a exploração minuciosa de cada uma delas, nesta sede. Abdica-se, assim, da verdadeira tentação de iniciar uma exposição sistematizada das mais diversas concepções acerca da distinção entre *princípios* e *regras* como espécies do gênero *norma jurídica*, pelo que se faz remissão a estudos especificamente dedicados a esse propósito⁴²⁷. Basta, para os fins a que se destina este

⁴²⁵ BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit positif et droit positif*. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XX^e siècle (Études Offertes a Georges Ripert)*. Paris : LGDJ, 1950; ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1956; LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1960; CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni de Principio*. Milano: Giuffrè, 1952; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977; ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986.

⁴²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-51.

⁴²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Op. Cit., p. 141-205; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. Cit., *passim*; BONAVIDES, Paulo. Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais In: _____. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 255-295; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteórica.

item 2.1., explicitar os contornos que, *grosso modo*, delineiam duas compreensões diversas a respeito da diferença entre princípios e regras que convivem na doutrina brasileira, e que se apóiam, respectivamente, nos seguintes critérios para estremar essas espécies normativas: (a) o grau de fundamentalidade; e (b) a estrutura lógico-normativa.

(a) O primeiro conceito de princípio que pode ser achado na literatura jurídica brasileira baseia-se no *grau de fundamentalidade* da norma para distinguir os princípios das regras. A posição tem sido batizada de “concepção tradicional”, por autores como Virgílio Afonso da Silva e Eneida Desiree Salgado⁴²⁸. Segundo esse modelo, os princípios são considerados como as normas mais fundamentais de um sistema, que configuram seu embasamento, ao passo que as regras, consubstanciando concretizações dos primeiros, teriam uma natureza mais instrumental⁴²⁹. Uma das formulações mais difundidas dessa ideia é tecida por Celso Antônio Bandeira de Mello em 1971, a qual, por conta de sua relevância para a formação dessa concepção, exige transcrição literal:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁴³⁰.

Op. Cit., p. 37-73; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. *Op. Cit.*, p. 40-57.

⁴²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Op. Cit.*, p. 612-613; SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 11.

⁴²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Considerações em torno dos princípios hermenêuticos. *Revista de Direito Público*, nº 21, São Paulo: RT, p. 141-147, jul./set. 1972. p. 141.

⁴³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. *Revista de Direito Público*, nº 15, São Paulo: RT, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284.

Veja-se que na definição do autor, “princípio” é conceituado como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental”. Deduz-se daí que para o jurista o elevado *grau de fundamentalidade* é nota característica dessa espécie normativa, porquanto ofender “um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”⁴³¹. O conceito apresentado pelo administrativista é acolhido expressamente por José Afonso da Silva, ao referir-se aos princípios fundamentais do Título I da Constituição brasileira⁴³².

Posição similar é sustentada por Geraldo Ataliba, para quem os princípios “são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos”⁴³³. O jurista afirma existir uma hierarquia no sistema normativo, em cujo ápice se situariam os princípios mais importantes, fixando diretrizes gerais e condicionando os princípios menores, aos quais, por sua vez, estariam subordinadas as regras. Estas últimas possuiriam a sua interpretação condicionada pelos princípios⁴³⁴.

Sob a influência dessa Escola de pensamento, Carlos Ari Sundfeld corrobora com o entendimento acima esposado, sublinhando que “princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”. Reconhecendo os princípios como “a parcela mais importante do direito”, indica a sua determinante influência na interpretação das regras⁴³⁵.

Na mesma senda, Cármen Lúcia Antunes Rocha compreende os princípios como “colunas-mestras da grande construção do Direito”, salientando em diversas passagens de seu texto a fundamentalidade máxima dessa espécie normativa. Para a autora, os princípios consubstanciam os “valores superiores fundamentais” partilhados

⁴³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 959.

⁴³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91.

⁴³³ ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, nº 86, São Paulo: RT, p. 181-186, abr./jun. 1988. p. 181.

⁴³⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 4-5.

⁴³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146-148.

por uma dada sociedade política. Os principais valores da comunidade são, portanto, entronizados no sistema “sob a forma de princípios jurídicos”, razão pela qual a Constituição “erige os seus princípios fundamentais em pólo central que a anima e vitaliza todas as suas regras e as normas que compõem o ordenamento jurídico”⁴³⁶. A jurista admite expressamente a distinção entre princípios e regras, mencionando que ambos possuem natureza e eficácia distintas e apontando a proeminência dos primeiros no sistema constitucional⁴³⁷.

Esse posicionamento pode ser encontrado em alguns dos critérios que são arrolados por José Joaquim Gomes Canotilho para apartar as duas espécies normativas sob análise. Entre eles, estão o *caráter de fundamentalidade* que a norma ostenta no sistema das fontes de direito (“*princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (...) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico”), a *proximidade da ideia de Direito* (“os *princípios* são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (...) ou na «ideia de direito» (...); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”) e a *natureza normogenética* (“os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”)⁴³⁸.

A compreensão principiológica ora examinada guarda acentuada aproximação com a proposta de Karl Larenz. Da mesma forma como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello, esse autor encara os princípios como “alicerces de um sistema”⁴³⁹. Para Larenz, eles possuem um “conteúdo material de justiça”, podendo ser entendidos como “manifestações e especificações especiais da ideia de Direito”.⁴⁴⁰ São distintos das regras, e sua aplicação aos casos práticos demanda prévia concretização, que pode

⁴³⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública...* Op. Cit., p. 23-25.

⁴³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Idem*, p. 22.

⁴³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160-1161.

⁴³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 676.

⁴⁴⁰ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 599.

ser efetuada em vários graus⁴⁴¹. O autor exemplifica com o princípio do Estado de Direito, cuja incidência exige um processo de densificação por meio de subprincípios que dele derivam e, reciprocamente, lhe conferem conteúdo, tais como o da legalidade e o da irretroatividade das leis⁴⁴².

Em suma, essa primeira concepção, bastante tradicional na doutrina brasileira, funda a separação entre princípios e regras no *grau de fundamentalidade* da norma, que seria mais elevado nos primeiros, por albergarem valores essenciais da sociedade e constituírem as vigas mestras do sistema jurídico, conferindo-lhe organicidade e sentido lógico, e mais reduzido nas segundas, que possuiriam um caráter funcional e retratariam densificações dos princípios, os quais condicionariam a sua interpretação e aplicação. Aqui, os princípios são conceituados como *mandamento nuclear de um sistema*, em virtude de sua relevância axiológica, que lhe outorga a condição de núcleo central da ordem jurídica.

Entretanto, tal construção não expende maiores considerações em relação ao modo de aplicação dessas normas jurídicas, silenciando sobre a existência ou não de diferença entre a forma de incidência de um princípio e de uma regra, bem como sobre as técnicas de solução de conflitos normativos. É esse o foco em torno do qual gravita a outra concepção de princípio vigente na doutrina brasileira, cujos delineamentos serão doravante alinhavados.

(b) A segunda percepção acerca dos princípios jurídicos presente na literatura jurídica nacional radica-se no critério da *estrutura lógico-normativa* do comando jurídico, para classificá-lo como *princípio* ou *regra*. Cuida-se da compreensão propagada a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, alcançando difusão no Brasil especialmente após a incorporação das suas lições à obra de Canotilho, publicada em língua portuguesa⁴⁴³.

A riqueza teórica das propostas dos autores citados exigiria uma extensa digressão para que se pudesse apreender os detalhes a elas inerentes. Por questões

⁴⁴¹ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 674.

⁴⁴² LARENZ, Karl. *Idem*, p. 676.

⁴⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 1159 *et seq.*

metodológicas, impõe-se a confecção de uma brevíssima síntese dos pontos cardeais de suas preleções a respeito do tema vertente, o que, invariavelmente, acaba por comprometer em alguma medida a fidelidade de suas formulações⁴⁴⁴.

A premissa utilizada tanto por Dworkin quanto por Alexy é a de que, além de *princípios* e *regras* serem espécies do gênero “norma”, a diferença entre ambos não é de *grau* ou *quantitativa*, mas sim *lógica* ou *qualitativa*⁴⁴⁵. É a forma de aplicação do comando que irá determinar se ele é uma regra ou um princípio. As explicações de cada um desses autores, sem embargo, guardam peculiaridades.

Ronald Dworkin busca refutar o “modelo de regras” no qual se funda o positivismo jurídico. Naquele paradigma, a inexistência de uma regra jurídica clara aplicável ao caso concreto obriga o juiz a criar discricionariamente a norma a ser empregada⁴⁴⁶. Opondo-se a essa racionalidade, o autor afirma que há outros padrões, distintos das regras, que desempenham um importante papel no ordenamento jurídico, os quais ele denomina genericamente de *princípios*⁴⁴⁷. A diferença entre as regras e os princípios estaria na natureza da orientação fornecida por cada uma dessas espécies.

As regras, segundo Dworkin, aplicam-se conforme a lógica do “tudo-ou-nada”. Se presente no mundo dos fatos a situação descrita na regra, de duas uma: ou a regra é válida, e aquilo que ela determina deve ser cumprido, ou ela é inválida, e, nesse caso, será irrelevante para a decisão. Havendo conflito entre duas regras, que descrevam a mesma situação fática e imponham ordens diversas, uma delas será inválida, de modo que o embate deverá ser resolvido pelos métodos previstos pelo próprio sistema jurídico para resolução de antinomias (v.g., norma superior derroga a norma inferior,

⁴⁴⁴ Parece ser justamente a leitura apressada desses autores a causa de uma série de impropriedades teóricas reinantes na distinção entre princípios e regras. Não raro as elaborações de Dworkin e Alexy são colocadas no mesmo balaio, como se idênticas fossem, o que consiste em grave equívoco, haja vista as divergências existentes entre as duas teorias.

⁴⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 67.

⁴⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério... Op. Cit.*, p. 49-50.

⁴⁴⁷ Diz-se genericamente porque tais padrões podem ser *princípios* ou *políticas*. A distinção, em que pese seja relevante para a adequada compreensão da proposta de Dworkin, não será analisada nesta sede.

norma posterior derroga a norma anterior, norma especial derroga a norma geral). As regras possuem, portanto, apenas a *dimensão de validade*.⁴⁴⁸

Os princípios, por sua vez, possuem um aspecto que as regras não detêm: a *dimensão de peso ou importância*. Se dois princípios colidirem num caso concreto, o intérprete que irá resolver a questão deverá levar em conta a força relativa de cada um, isto é, o peso que cada princípio deve exercer naquela situação específica. Não obstante, ambos continuam pertencendo ao ordenamento, não havendo a necessidade de declarar a invalidade de nenhum deles. Se um princípio teve importância maior em uma determinada hipótese, isso pode se dar de forma diversa diante de circunstâncias diferentes.⁴⁴⁹

Robert Alexy, a seu turno, registra que o ponto decisivo para a diferenciação em discussão é que os *princípios* são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. São, por isso, *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser aplicados em diferentes graus, a depender das circunstâncias de cada situação. As *regras*, por outro lado, são normas que devem ser aplicadas em uma única medida: se a regra for válida, “deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos”⁴⁵⁰.

O conflito entre duas regras, para Alexy, resolve-se de dois modos: (i) ou se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que afasta o conflito; (ii) ou deve ser declarada a invalidade de pelo menos uma delas. Nessa segunda hipótese, o autor sugere também que se recorra aos critérios de resolução de antinomias citados por Dworkin. Sendo assim, as regras, a menos que se tenha criado uma exceção, são razões *definitivas* para decidir.⁴⁵¹

A colisão entre princípios, de acordo com Alexy, deve ser solucionada mediante a técnica da ponderação. Se dois princípios, num determinado caso, indicarem caminhos opostos a serem seguidos, não há que se declarar a invalidade de um deles,

⁴⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* Op. Cit., p. 39.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Idem*, p. 42-43.

⁴⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 67-68.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 69-70 e 82-84.

nem incluir uma cláusula de exceção. Um irá ceder passo ao outro, conforme o peso exercido por cada um deles naquelas circunstâncias. Através da ponderação se determinará qual princípio deve possuir um peso maior na situação específica, de sorte que o conteúdo de ambos os princípios colidentes seja realizado na maior medida possível, produzindo um resultado ótimo. Daí porque os princípios serem conceituados pelo autor como *mandamentos de otimização*.⁴⁵²

Por esse motivo, os princípios, distintamente das regras, não instituem deveres e direitos *definitivos*, mas apenas *prima facie*. O comando do princípio, embora imponha uma ordem a ser cumprida, pode ser afastado por razões opostas, diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, havendo colisão entre dois princípios que determinam, *prima facie*, que algo seja realizado na maior medida possível, deve ser estabelecida uma *relação de precedência condicionada*. Ou seja: é preciso que sejam indicadas quais as condições sob as quais um princípio precede a outro.⁴⁵³

Em que pese o pioneirismo de Dworkin na adoção do critério da estrutura lógico-normativa para diferenciar princípios de regras, a concepção de Alexy de princípio como *mandamento de otimização* e as suas propostas para resolução de conflitos através da técnica da ponderação e do recurso à proporcionalidade parecem ter alcançado maior recepção na doutrina brasileira. E isso se deu especialmente pela utilidade da sua fórmula em matéria de direitos fundamentais. Assim, a forma de diferenciação apresentada por Robert Alexy é acolhida por uma série de autores nacionais, tais como Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, Luís Roberto Barroso, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Ana Paula de Barcellos, Virgílio Afonso da Silva, entre tantos outros⁴⁵⁴.

⁴⁵² ALEXY, Robert. *Idem*, p. 70-71.

⁴⁵³ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 71e 79-82.

⁴⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sérulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243; BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 875-903; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A

Como se pôde observar, as duas perspectivas apresentadas – (a) princípio como *mandamento nuclear de um sistema* e (b) princípio como *mandado de otimização* – não são iguais, enraízam-se em critérios diferentes para estrear os princípios das regras (*grau de fundamentalidade* na primeira e *estrutura lógico-normativa* na segunda) e são, em última análise, incompatíveis⁴⁵⁵. Se adotada a primeira, a norma que estabelece a reserva de lei em matéria penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁵⁶ será um *princípio*, dada a sua máxima importância para o sistema jurídico penal e para o Estado de Direito. Se empregada a segunda, a mesma norma será considerada como *regra*, eis que impõe uma razão definitiva para decidir, insuscetível de ponderação⁴⁵⁷.

O fato é que ambas persistem no ideário jurídico pátrio, de sorte que é preciso esclarecer qual o significado do princípio constitucional da supremacia do interesse público conforme o prisma escolhido. É importante, pois, ter consciência da impossibilidade de se mesclar ambos os critérios, fazendo-se imperativa a opção por um ou por outro modelo. O que se visa a demonstrar, contudo, é que independentemente da concepção abraçada, a supremacia do interesse público pode ser entendida como um princípio jurídico. Passa-se, então, à explanação das duas maneiras possíveis de se encarar esse princípio: 2.1.2. como *mandamento nuclear* do sistema jurídico-administrativo e 2.1.3. como *mandamento de otimização*, hipótese em que o comando ostentará um duplo caráter normativo (de princípio e de regra).

constitucionalização do Direito Administrativo e as políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40 (Edição Especial de 10 anos), Belo Horizonte: Fórum, p. 271-290, abr./jun. 2010; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Op. Cit.*, p. 613 e 625.

⁴⁵⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁴⁵⁷ O exemplo é dado, entre outros, por: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Op. Cit.*, p. 613-614; SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral...* *Op. Cit.*, f. 11.

2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como “mandamento nuclear” do sistema jurídico-administrativo

O primeiro e mais disseminado conceito de princípio adotado para explicar a supremacia do interesse público é o de *mandamento nuclear de um sistema*. Por ser a acepção construída justamente pelo idealizador do princípio – Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵⁸ – é natural que, na maior parte das vezes, seja de acordo com ela que se dê a compreensão da norma em comento.

Sob essa perspectiva, o princípio se caracteriza, primeiramente, por sua elevada importância axiológica dentro do Direito Administrativo contemporâneo. Como visto, a Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito assume a função de assegurar a prevalência de um complexo interesse público, que envolve o conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade em que estão inseridos, aí incluídos os interesses dos setores mais fragilizados da população que, por terem sido qualificados como públicos pelo sistema normativo, exigem a intervenção do Estado inclusive nas relações interprivadas, para fazê-los prevalecer sobre interesses exclusivamente particulares⁴⁵⁹.

Nessa esteira, o princípio constitucional da supremacia do interesse público é considerado como um *mandamento nuclear* do sistema jurídico constitucional-administrativo, por retratar adequadamente a feição hodierna do Direito Administrativo, afinando-se a outros princípios constitucionais da mais alta indagação, tais como o princípio republicano⁴⁶⁰, o princípio democrático, o princípio do Estado Social e o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Sobre a origem e desenvolvimento teórico do princípio, e a participação decisiva de Celso Antônio Bandeira de Mello nesse processo, ver: Parte I, Capítulo 1, item “1.1. Origem e desenvolvimento teórico do princípio”.

⁴⁵⁹ Tais aspectos foram salientados na Parte I, Capítulo 1, item 1.2., subitem “1.2.3. Prevalência do interesse público sobre o privado: aportes do Estado Social e Democrático de Direito”.

⁴⁶⁰ A relação entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio republicano é realçada em GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit., passim*.

⁴⁶¹ A respeito desses princípios, ver: NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

Além disso, visto por esse viés, o princípio em debate desempenha uma função primordial na explicação da racionalidade do regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Por se tratar de um dos alicerces desse regime, o princípio é responsável por elucidar a sua lógica, aglutinando em seu entorno os demais elementos que compõem o sistema, imprimindo-lhes organicidade e sentido harmônico.

O regime jurídico-administrativo, como se pôde observar⁴⁶², caracteriza-se essencialmente por se fundar em um equilíbrio entre prerrogativas e sujeições que são endereçadas à Administração Pública pelo ordenamento jurídico, como forma de garantir a satisfação do interesse público. Este último, portanto, legitima a instituição de privilégios e poderes especiais ao Poder Público, através da afirmação de sua supremacia, e limita o âmbito de atuação do Estado, afivelando-o à promoção do interesse geral, mediante a enunciação de sua indisponibilidade. Em outras palavras, por desfrutar de supremacia, o interesse público autoriza a criação de prerrogativas de autoridade, e por ser indisponível, ele justifica a imposição de restrições especiais ao Estado.

Sob o influxo dessas ideias, o princípio constitucional da supremacia do interesse público – concebido como disposição essencial do Direito Administrativo – opera como um fundamento lógico, material e jurídico-normativo para timbrar de validade: (i) os atos da Administração que, mesmo na falta de lei, constituam unilateralmente os particulares em obrigações⁴⁶³; (ii) os dispositivos legais que instituem benefícios ao Poder Público⁴⁶⁴ ou lhe confirmam prerrogativas especiais⁴⁶⁵. É evidente que, com isso, o princípio não está a legitimar todo e qualquer ato

⁴⁶² Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”.

⁴⁶³ V.g., autoexecutoriedade de atos administrativos quando se tratar de medida urgente.

⁴⁶⁴ V.g., Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal nº 5.869/73): “**Art. 188.** Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

⁴⁶⁵ V.g., Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

administrativo ou legislativo que crie privilégios à Administração ou autorize a sua atuação unilateral. A sua compreensão deve sempre ser realizada em conjunto com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, que constitui a outra face da mesma moeda, e tem como desdobramentos os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, entre outros⁴⁶⁶.

Consoante a acepção ora analisada, o principal papel cumprido pelo princípio é precisamente este: revestir de legitimidade jurídica os comportamentos administrativos que demandem o exercício de prerrogativas de autoridade pública⁴⁶⁷. A mera alegação de que estas seriam necessárias ao interesse público seria insuficiente. Não fosse a existência normativa desse princípio, bem assim a sua estatura constitucional, faleceria fundamento jurídico aos dispositivos legais institutivos de privilégios e poderes especiais à Administração, e também aos atos administrativos que deles usufruíssem, mormente na ausência de lei autorizativa⁴⁶⁸.

Por constituir o núcleo central do regime jurídico-administrativo, ao lado da indisponibilidade dos interesses públicos, o princípio constitucional da supremacia do interesse público determina o sentido dos demais princípios que compõem esse sistema e tem o seu conteúdo por eles determinado, num “processo de esclarecimento recíproco”, na expressão de Karl Larenz. Dentro dessa concepção, ele se trata de um “princípio aberto”, compreendido como uma ideia jurídica diretiva que serve de base a todos os subprincípios dela derivados “e lhes indica a direcção, não podendo explicar-se esta ideia directiva de outro modo senão aduzindo os seus subprincípios e princípios jurídicos gerais concretizadores na sua conjugação plena de sentido”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 73-87 e 99 *et seq.*

⁴⁶⁷ Sobre a ideia de “autoridade pública” como característica peculiar do regime jurídico de direito público, ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 154-158.

⁴⁶⁸ Ressalte-se que, conforme já asseverado, tais hipóteses (de manejo de prerrogativas administrativas unilaterais sem suporte expresso na lei em sentido formal) existem, embora ostentem caráter excepcional e sujeitem-se, sempre, aos desdobramentos do princípio da indisponibilidade do interesse público (razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, moralidade, etc.).

⁴⁶⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 676.

Nessa toada, os princípios constitucionais da Administração Pública inscritos no art. 37, *caput* da CF, por exemplo, têm por fundamento material, que lhes oferece sustentação, esses dois *mandamentos nucleares*: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Por sua vez, o conteúdo jurídico desses dois princípios abertos é materializado através da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, e assim por diante. Todos eles têm por finalidade última assegurar que o interesse público prevaleça sobre os interesses privados, e que seja efetivamente perseguido pelo administrador público, independentemente de suas vontades pessoais.

Em síntese, para a perspectiva ora apreciada, o princípio constitucional da supremacia do interesse público exerce três funções essenciais: (i) fundamentar axiologicamente o Direito Administrativo contemporâneo, dando-lhe uma feição democrática em conjunto com os demais princípios constitucionais; (ii) conferir respaldo normativo e legitimar juridicamente as prerrogativas e os privilégios da Administração Pública, tendo sempre como contrapartida as sujeições emanadas do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos; (iii) auxiliar na explicação, compreensão e interpretação do regime jurídico-administrativo, amalgamando os seus componentes e emprestando-lhes sistematicidade e significação.

A compreensão sob exame, no entanto, não versa sobre a forma de incidência do princípio aos casos concretos, nem sobre como resolver a sua colisão com outros princípios constitucionais, uma vez que, consoante mencionado, o modo de aplicação não é uma das preocupações da “concepção tradicional” de princípios jurídicos da doutrina brasileira.

Parece, todavia, ser possível sustentar que de acordo com esse prisma, a norma da supremacia do interesse público estabelece: (i) a prevalência absoluta dos interesses juridicamente protegidos sobre aqueles não tutelados pelo ordenamento jurídico, já que é no Direito positivo que se pode identificar qual é o “*interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”⁴⁷⁰; (ii) a

⁴⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Op. Cit., p. 61 (grifos no original).

preponderância relativa do interesse da coletividade (em si mesma considerada) sobre interesses de indivíduos ou grupos específicos, nos termos delineados pelo sistema normativo, quando ambos forem protegidos pelo ordenamento jurídico, com respeito aos princípios decorrentes da indisponibilidade do interesses públicos (que constituem limites às prerrogativas de supremacia) e mediante uma compensação jurídica, como regra geral. O tema será retomado no item 2.3.

2.1.3. Princípio como “mandamento de otimização” e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público

Uma segunda forma de interpretar o princípio da supremacia do interesse público é encará-lo como um mandamento de otimização, nos moldes propostos por Robert Alexy. Sob essa óptica, ao que tudo indica, o tema ainda não foi explorado pela doutrina, pelo que merece especial atenção.

A adoção do critério “estrutura lógico-normativa” para distinguir a natureza de princípio ou regra de um comando antepõe, como visto, uma indagação prévia: qual é a forma de aplicação da norma? Se preenchida a descrição fática nela prevista e sua incidência ocorrer de modo *definitivo*, não ponderável, será uma *regra*; se ela determinar que algo seja realizado na maior medida possível, podendo ser afastada em razão de circunstâncias fáticas e jurídicas, permitindo a sua aplicação gradual e reduzida, de sorte que a ordem por ela estabelecida se revele como uma razão *prima facie* para decidir, será um *princípio*.

Acontece que, sob esse ponto de vista, torna-se difícil enquadrar com simplicidade a supremacia do interesse público numa ou noutra espécie normativa. Isso porque, dependendo do conceito de *interesse público* adotado, essa norma traduzirá uma razão *definitiva* ou uma razão *prima facie* para decidir. Talvez seja exatamente nesse ponto que surja a dificuldade de parcela da doutrina em aceitar o enquadramento dessa norma na categoria de “princípio”⁴⁷¹.

⁴⁷¹ A questão será enfrentada na Parte II, Capítulo 3 – “Impossibilidade de enquadramento na categoria normativa de ‘princípio’”, mais especificamente no item “3.3. Incompatibilidade com o princípio da

A chave para a compreensão desse princípio nos termos da proposta metodológica de Robert Alexy está no sentido atribuído à locução “interesse público”. Conforme explanado em outra oportunidade⁴⁷², Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua *interesse público* como sendo a reunião dos interesses dos indivíduos considerados não sob o prisma singular e individual, mas enquanto membros da sociedade⁴⁷³. Trata-se da dimensão pública desses interesses, que reflete o *interesse coletivo primário*⁴⁷⁴. Para que o agente público identifique quais são esses interesses, é necessário que ele recorra ao Direito positivo, que representa a juridicização dos interesses da coletividade, positivados pelos representantes do povo.

Essa conceituação permite compreender como *públicos* tanto os interesses individuais (ou coletivos, titularizados por grupos sociais) tutelados pelo ordenamento jurídico, quanto os interesses da coletividade, em si considerada (interesses difusos), protegidos pelo Direito. Cuida-se de uma noção ampla, portanto. De acordo com ela, todos os interesses albergados pelo sistema normativo seriam *públicos*, pelo fato de sua proteção e promoção ser almejada pela coletividade. Para uma tal concepção, o princípio constitucional da supremacia do interesse público implicaria a determinação da preponderância dos interesses juridicamente protegidos sobre os interesses não tutelados pelo sistema. Esses últimos seriam *privados* porque titularizados exclusivamente pelo particular, sem encontrar respaldo na coletividade. *Interesses ilícitos* seriam privados. *Interesses puros e simples*, que os particulares possuem mas que não são protegidos pelo Direito positivo, também.

À luz dessa formulação, a norma da supremacia do interesse público se assemelharia àquela conhecida por “juridicidade administrativa”⁴⁷⁵, incidindo de forma

proporcionalidade e com a técnica da ponderação”, com supedâneo nos pressupostos assentados neste Capítulo 2.

⁴⁷² Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem “1.1.2. O desenvolvimento da teoria”.

⁴⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 61.

⁴⁷⁴ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 229-233.

⁴⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: _____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-143; KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. *passim*; GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y

absoluta, não sendo suscetível à ponderação. Se a colisão se der entre um interesse juridicamente respaldado e um interesse sem amparo normativo, o primeiro (reputado como *público*) deverá necessariamente prevalecer. Sob esse viés, a norma será uma *regra*, que estabelece uma razão *definitiva* de decidir. A anulação de um ato administrativo praticado com desvio de finalidade, por exemplo (v.g., desapropriação destinada a prejudicar o particular), estará fundada em última análise nessa *regra*, que proíbe definitivamente que um interesse contrário à impessoalidade e à moralidade administrativas prevaleça sobre esses valores, que substanciam interesses da coletividade.

Se a interpretação desse comando parasse por aí, levando em conta somente essa concepção ampla de *interesse público*, a norma da supremacia, embora simbolicamente importante para explicar o regime jurídico-administrativo, não teria maior utilidade, visto que o seu conteúdo coincidiria com o da norma da juridicidade administrativa (a Administração deve agir de acordo com o Direito como um todo; logo, deverá fazer seus comandos prevalecerem sobre pretensões não tuteladas que venham a colidir com ele). Há, porém, uma outra acepção de *interesse público*, mais estreita, que pode ser deduzida dentro do universo da anterior.

Em determinadas situações, a Administração Pública recebe do ordenamento jurídico prerrogativas que lhe autorizam a impor unilateralmente condutas e modificar relações jurídicas já estabelecidas⁴⁷⁶, sem a necessidade de uma concordância do particular afetado⁴⁷⁷. Muitas vezes, tais poderes que lhe são outorgados (sempre com a finalidade de cumprir um dever jurídico) acabam por afastar interesses juridicamente protegidos dos particulares no caso concreto, quando isso for necessário à satisfação dos interesses da coletividade, em si mesma considerada. Permite-se, com isso, a restrição de um direito subjetivo em nome do interesse geral. É o caso da determinação de suspensão das atividades de um estabelecimento comercial que, embora esteja administrativamente habilitado para exercê-las (titularizando, assim, um direito

judicial. In: Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 23-49.

⁴⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 70.

⁴⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público... Op. Cit.*, p. 155.

subjetivo), situa-se em um prédio com perigo de desabamento. A expressão *interesse público*, em tais hipóteses, adquire outra conotação, já que não engloba os interesses individuais albergados na forma de direito subjetivo pela ordem jurídica. Ela significará *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada.

Nesses casos, a incidência da norma da supremacia do interesse público não se dará de forma definitiva. Ela instituirá o dever de proteção e promoção do *interesse geral* (da coletividade) na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Se presentes as circunstâncias adequadas e necessárias, os *interesses difusos* (inerentes ao conjunto do corpo social) protegidos pelo sistema normativo irão prevalecer sobre os *interesses específicos*, de indivíduos ou de grupos, ainda que tutelados pelo ordenamento. A ordem emanada da norma da supremacia do interesse público, aí, terá caráter *prima facie*, pois poderá ser afastada por razões contrárias, fáticas ou jurídicas. Em tais situações ela se revelará, pois, como um *princípio*. No exemplo acima, se comprovado que não há perigo iminente que justifique a adoção de uma medida urgente, e que a suspensão das atividades implicará graves prejuízos ao proprietário do estabelecimento, o seu *interesse individual* prevalecerá, e o manejo da prerrogativa administrativa não estará autorizado.

Portanto, se adotada a concepção principiológica de Robert Alexy, a estrutura normativa da supremacia do interesse público dependerá do conceito de “interesse público” utilizado em cada situação concreta. Tratando-se de conflito entre um interesse não resguardado pelo ordenamento jurídico em face de um interesse por ele protegido, este será considerado como *público*, aquele como *privado*, e a norma incidirá na forma de *regra*. Se, por outro lado, o caso for de colisão entre dois interesses tutelados pelo Direito positivo, sendo um inerente a toda a coletividade e outro titularizado apenas por um indivíduo ou um grupo, a norma se aplicará como um *princípio*, determinando *prima facie* a realização otimizada do primeiro, que deverá prevalecer consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ É preciso consignar que, embora não tenha desenvolvido e explicado essa ideia, Fábio Medina Osório já havia reconhecido essa possibilidade: “Se considerada a Teoria dos Direitos Fundamentais de ROBERT ALEXYY, creio que o princípio da superioridade do interesse público sobre o privado seria, rigorosamente, um princípio, em numerosos casos, mas também poderia ser uma regra

É nesse último sentido que se pode conceituar a supremacia do interesse público como um *mandamento de otimização*: a norma impõe que o interesse da coletividade seja realizado de forma otimizada, na maior medida possível, justificando inclusive a sua prevalência sobre outros interesses igualmente albergados no ordenamento jurídico. O que determinará, em definitivo, se esse interesse prevalecerá ou não serão as circunstâncias do caso concreto, que definirão uma *relação de precedência condicionada*: diante daquelas condições, estará justificada a preponderância do princípio⁴⁷⁹. A resolução da colisão se dará mediante o recurso à técnica da ponderação e ao princípio da proporcionalidade⁴⁸⁰.

A explicação detalhada dessa compreensão do princípio constitucional da supremacia do interesse público exige que sejam traçados, previamente, os contornos dessas duas noções diferentes de *interesse público* que se radicam na base da norma sob análise. Parte-se, então, para a explanação acerca das noções de interesse público subjacentes ao princípio (2.2.) para, num segundo momento, precisar o significado da afirmação da sua supremacia (2.3.).

2.2. Noções de *interesse público* subjacentes ao princípio

O ponto nevrálgico para a compreensão do princípio constitucional da supremacia do interesse público reside no conceito de *interesse público* a ele subjacente. O significado dessa categoria, assim como o de *princípio jurídico*, não é

constitucional de prevalência automática em tantos outros, mormente quando essa norma definisse finalisticamente o interesse público a ser perseguido pelos agentes públicos e não houvesse espaço para alternativas”. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 102.

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 71.

⁴⁸⁰ A proporcionalidade é definida por alguns autores como *princípio* (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais... Op. Cit., p. 238; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 392 et seq), por outros como *regra* (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, São Paulo: RT, p. 23-50, abr. 2002) e por outros como *postulado normativo* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148). Em razão da irrelevância dessa discussão para o presente trabalho, neste estudo a norma será referida como *princípio*, por conta da tradição do uso dessa terminologia na doutrina e na jurisprudência, tanto nacionais quanto estrangeiras.

unívoco. Cuida-se, como é claramente perceptível, de uma expressão fluida, vaga, imprecisa⁴⁸¹. Por esse motivo, torna-se fundamental especificar qual o sentido em que o termo é empregado quando se afirma a primazia do interesse público. Antes de dar início ao deslinde dessa questão, algumas considerações merecem ser desfiadas.

O conceito em epígrafe se encontra umbilicalmente ligado ao Direito Administrativo,⁴⁸² a ponto de autores como François Saint-Bonnet afirmarem que “seria possível escrever uma história do interesse público [*intérêt général*] que seria o fio condutor de uma história do direito administrativo”.⁴⁸³ Retrata uma categoria que sintetiza o conjunto total das instituições desse ramo jurídico, sendo considerada como um conceito nodal do Direito Público em geral, e do Direito Administrativo em particular⁴⁸⁴.

Uma ilustração dessa assertiva é o vasto número de expressões metafóricas manejadas para explicar a relação entre a noção de interesse público e essa disciplina jurídica, tais como “noção-mãe”, “espinha dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação pública”, “coração do Direito Público, como a autonomia da vontade para o Direito Privado”, “alfa e ômega do Direito Administrativo”, consoante arrola Guylain Clamour.⁴⁸⁵ No entanto, como menciona o autor, nada obstante a expansão desse conceito às terras do Direito Constitucional, do Direito Comunitário e do Direito Privado, ele tem sido atacado em razão de sua abstração e questionado quanto à sua adequação à realidade contemporânea.⁴⁸⁶ Não há dúvidas de que *interesse público* é

⁴⁸¹ SIMON, Denys. L’*intérêt général* vu par les droits européens. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 48.

⁴⁸² LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d’*intérêt général* en Droit Administratif Français...* Op. Cit., p. 9.

⁴⁸³ SAINT-BONNET, François. L’*intérêt général* dans l’ancien droit constitutionnelle. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 10.

⁴⁸⁴ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996. p. 243.

⁴⁸⁵ CLAMOUR, Guylain. Op. Cit., p. 16.

⁴⁸⁶ CLAMOUR, Guylain. *Idem*, p. 18-19. Nesse sentido, ver Parte II, Capítulo 4, item “4.1. Ausência de significação jurídica (indeterminação/fluidez conceitual)”.

um conceito rebelde a definições. Mas isso não quer dizer que ele não tenha operatividade jurídica.⁴⁸⁷

Para resolver as dificuldades proporcionadas por sua abstração, tal como o seu eventual emprego de maneira arbitrária pela Administração, a saída não está em negar-lhe normatividade. Refutar a natureza jurídica do conceito de interesse público implica, isso sim, fragilizar o cidadão perante o Poder Público. Não se pode fechar os olhos à existência dessa categoria jurídica, eis que, como se verificará, ela se encontra prevista em diversos dispositivos constitucionais e legais, não só no ordenamento jurídico brasileiro como em tantos outros⁴⁸⁸. Isso significa que, invariavelmente, ela será utilizada pelo Estado. Se o interesse público é reputado como algo alheio ao Direito, não se admite o controle judicial da atividade administrativa que o tiver como fundamento, retornando-se ao modelo já ultrapassado da intangibilidade absoluta do mérito do ato administrativo⁴⁸⁹. Se, pelo contrário, reconhece-se que ele traduz um conceito jurídico, estar-se-á com isso autorizando que o Poder Judiciário possa rever as decisões fundadas no interesse público, já que, em tais casos, estará analisando a conformidade do ato com uma determinada categoria jurídica.⁴⁹⁰

Certo é que não se deve ignorar a função ideológica de legitimação do poder exercida pela locução *interesse público*.⁴⁹¹ Segundo Jacques Chevallier, a ideologia situada por trás dessa noção constitui a matriz do discurso de legitimação das formas

⁴⁸⁷ MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público*: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23 e 30.

⁴⁸⁸ São as hipóteses em que o sistema normativo utiliza o interesse público como um “conceito legal”, previsto expressamente na letra da lei. O dispositivo que autoriza a rescisão unilateral de um contrato administrativo por “razões de interesse público” (art. 78, XII, da Lei Federal nº 8.666/93) é um exemplo disso. O assunto será versado na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

⁴⁸⁹ Uma análise sobre a transformação da concepção de “mérito do ato administrativo” no Estado contemporâneo pode ser vista em: BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração? In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 278-302.

⁴⁹⁰ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2251.

⁴⁹¹ RANGEON, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Economica, 1986. p. 21 *et seq*; D'ARGENIO, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, nº 59, Buenos Aires: LexisNexis, p. 67-111, ene./mar. 2007. p. 67-68.

sociais instituídas na modernidade⁴⁹². Muito embora se deva reconhecer esse papel legitimador que cumpre o interesse público, o conceito continua inserido nas diversas Constituições contemporâneas⁴⁹³, sendo “ingênuo pretender prescindir” dele. É o que aduz Alejandro Nieto, para quem “Ninguém pode certamente desconhecer sua natureza e funções inequivocamente ideológicas; mas tampouco é lícito desconhecer sua presença normativa e operatividade jurídica”⁴⁹⁴.

Essa ideologia, contemporaneamente, juridicizou-se, de modo que a referência ao interesse público por parte da Administração não se trata mais de uma invocação genérica, mas sim da aplicação de uma norma jurídica que define esse interesse geral, atribuindo competências, precisando o seu alcance e limitando-as. Com isso, permite-se o seu controle *a posteriori* por parte dos tribunais.⁴⁹⁵ Ter consciência da função ideológica desempenhada pela noção de interesse público pode ser um instrumento a favor do jurista: basta instrumentalizá-la em benefício da própria ideologia democrática. Para Alejandro Nieto, “se os operadores jurídicos se empenham nisso, podem dar a esse conceito um conteúdo e uma funcionalidade inequivocamente democráticos como limitação do poder e inclusive apesar dele”⁴⁹⁶.

Tecidas essas advertências, faz-se mister entender quais os sentidos que são atribuídos ao termo *interesse público* quando a ele se recorre em matéria de Direito Administrativo. Se ele consiste em um conceito jurídico, é preciso destrinchar a sua essência, como condição necessária para operá-lo. Como já se mencionou, o interesse público constitui ao mesmo tempo fundamento e limite do poder estatal⁴⁹⁷: se de um lado ele permite que as autoridades públicas ampliem o seu poder, outorgando-lhe

⁴⁹² CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie. *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 1. Paris : PUF, 1978. p. 41.

⁴⁹³ Cite-se, ilustrativamente, as Constituições de Portugal de 1976 (“**Art. 266º.** (...) **1.** A Administração pública visa a prossecução do interesse publico, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”) e da Espanha de 1978 (“**Art. 103.1.** La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”).

⁴⁹⁴ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2211.

⁴⁹⁵ NIETO, Alejandro. *Idem, Ibidem*.

⁴⁹⁶ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2213.

⁴⁹⁷ Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”.

competências mais alargadas (para a consecução do interesse da coletividade), de outro ele consubstancia um limite a esse poder, uma vez que lhes impede de agir para além da medida exigida pelo interesse público.⁴⁹⁸

Em virtude dessa dupla função exercida pelo conceito em discussão no regime jurídico-administrativo (legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições), é possível reconhecer duas concepções jurídicas de interesse público (2.2.1.). O conhecimento detalhado de cada uma delas mostra-se crucial para a adequada compreensão do princípio constitucional da supremacia do interesse público, pois essa distinção é o que determinará a sua forma de incidência quando se estiver em jogo o *interesse público em sentido amplo* (2.2.2.) ou o *interesse público em sentido estrito* (2.2.3.).

2.2.1. A dúplici noção jurídica de interesse público

O conceito mais propagado de interesse público na doutrina administrativista brasileira é aquele fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello (com lastro no escólio de Renato Alessi). O critério que embasa tal formulação tem natureza estrutural, isto é, o interesse público é explicado a partir da sua estrutura, não do seu conteúdo. Por já ter sido apresentado anteriormente, cumpre apenas retomar sinteticamente tais ideias, pelo que se remete ao Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.2. para uma explicação mais detalhada desses pressupostos.

Para Celso Antônio, o interesse público não é algo autônomo, distinto e apartado dos interesses dos indivíduos. Ele é uma função qualificada desses interesses, vale dizer, uma das possíveis formas de sua manifestação. Explica o autor que os interesses dos cidadãos expressam-se mediante duas dimensões: (i) uma *particular*, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do indivíduo, singularmente considerado (v.g., interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma *pública*, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da

⁴⁹⁸ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 8.

coletividade maior na qual está inserido (v.g., interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário).⁴⁹⁹ A primeira delas traduz o interesse privado; a segunda, o público. Portanto, o interesse público não é algo autônomo, que existe por si mesmo: ele é dependente dos interesses dos indivíduos, pelo fato de ser formado justamente por uma de suas dimensões (a *pública*). Ele “surge como algo em que cada componente da sociedade (...) reconhece e identifica seu próprio querer e sua própria valoração positiva”⁵⁰⁰.

Partindo dessa relação íntima que o interesse público guarda com os interesses dos indivíduos, Bandeira de Mello formula o seu conceito nos termos seguintes: “o *interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”⁵⁰¹. A elaboração do autor é acertada, e sua relevância está no realce que confere a dois importantes aspectos: (i) o interesse público não é algo antagônico aos interesses dos indivíduos, e isso não porque ele seja idêntico a eles, mas por ser formado por um de seus aspectos (dimensão *pública*, acima explicada); (ii) o interesse público não se confunde com o interesse do aparato estatal, do Estado enquanto pessoa jurídica, pois este possui, igualmente, uma dimensão *pública* e uma dimensão *particular*.

Este último aspecto é aclarado com a referência à distinção divulgada pela doutrina italiana entre *interesse coletivo primário* e *interesses secundários*. A explicação pode ser encontrada na obra de Renato Alessi que, baseado na doutrina de Carnelutti e Picardi, estabelece essa diferenciação. Ao versar sobre o exercício da função administrativa sob a óptica da posição jurídica da Administração Pública, o autor ressalta duas peculiaridades. A primeira delas reside no fato de que à Administração compete, normalmente, o poder de fazer prevalecer coativamente a sua vontade sobre a do sujeito privado. Para tanto, e por incumbir-lhe a tutela do interesse público, poderá a Administração fazer preponderar o interesse público sobre o interesse individual que lhe for contrário, mas só – e somente só – “quando se trate de

⁴⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 60-61.

⁵⁰⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 239.

⁵⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 61.

interesse cuja prevalência já esteja em abstrato previamente disposta em um ato legislativo primário, cuja aplicação concreta pressuponha um futuro ato administrativo concreto”.⁵⁰² Assim, a supremacia do interesse da coletividade sobre o individual só terá lugar quando encontrar seu fundamento no Direito objetivo, mediante uma atribuição explícita ou implícita, específica ou genérica, por parte da norma jurídica legislativa.⁵⁰³

Há, pois, um limite claro identificado pelo administrativista supracitado: a necessidade de o interesse público que se fará prevalecer estar previamente definido pelo Direito positivo. Diante da possibilidade de o Poder Público esquivar-se desse limite, utilizando-se da prerrogativa conferida pela lei para finalidade diversa daquilo que seria a satisfação do interesse público, exsurge a segunda peculiaridade do exercício da função administrativa: a distinção entre interesse coletivo primário (*interesse collettivo primario*) e interesses secundários (*interessi secondari*)⁵⁰⁴. O *interesse coletivo primário* é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes. Somente este interesse poderá ser considerado como interesse *público*⁵⁰⁵. Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado, quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos *interesses secundários*. Tanto o interesse singular de um indivíduo quanto o interesse da Administração Pública enquanto pessoa jurídica podem conflitar ou coincidir com o *interesse coletivo primário* (que é o verdadeiro *interesse público*). Tais *interesses secundários* só poderão ser perseguidos pelo Estado quando houver coincidência entre eles e o *interesse público*.

Convém salientar que nem Alessi, nem Celso Antônio ao reproduzir suas lições, aludem a “interesse *público primário*” ou a “interesse *público secundário*”. O único interesse considerado como *público* é o “coletivo primário”. A ressalva tem relevância

⁵⁰² ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo... Op. Cit.*, p. 229.

⁵⁰³ ALESSI, Renato. *Idem*, p. 230.

⁵⁰⁴ ALESSI, Renato. *Idem*, p. 232-233.

⁵⁰⁵ Segundo Franco Bassi, o interesse primário “constituirá o parâmetro fundamental ao qual a Administração Pública estará obrigada a ancorar as suas escolhas operativas”. BASSI, Franco. *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... Op. Cit.*, p. 247.

pelo fato de tais locuções (*interesse público primário* e *interesse público secundário*) serem empregadas na doutrina lusitana com outro sentido. Rogério Ehrhardt Soares, no que é seguido por Diogo Freitas do Amaral⁵⁰⁶, qualifica como *interesse público primário* o interesse cuja definição e realização incumbe aos órgãos estatais que exercem as funções política e legislativa, classificando, por sua vez, como *interesse público secundário* aquele interesse delineado pelo legislador, mas cuja satisfação concreta compete à Administração Pública no exercício da função administrativa.⁵⁰⁷ Note-se que ambas as espécies versam, efetivamente, sobre interesses *públicos*, havendo distinção tão somente em relação à autoridade competente para a sua realização *in concreto*.

Por isso, insta apontar o equívoco terminológico daqueles que empregam a expressão “interesse público secundário” para se referir àquilo que a doutrina italiana⁵⁰⁸ chama de “interesses secundários”.⁵⁰⁹ Estes últimos consistem em todo e qualquer interesse – dos particulares ou da Administração Pública – que diga respeito a aspirações e necessidades eminentemente pessoais – seja de pessoas físicas ou jurídicas. Havendo coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da coletividade (ou de um indivíduo enquanto membro da sociedade), aí sim ele será *interesse público*, porque convergente com o *interesse primário*. Assiste razão a Marçal Justen Filho, quando expõe que “nenhum *interesse público* se

⁵⁰⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001. p. 36.

⁵⁰⁷ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955. p. 99 *et seq.*

⁵⁰⁸ Além de Alessi, Carnelutti e Picardi, a distinção é feita na doutrina italiana por Sabino Cassese e Franco Bassi. Cf.: CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994. p. 344; BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 243.

⁵⁰⁹ Incorrem nesse equívoco, entre outros: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público... *Op. Cit.*, p. xiii; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24; BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, nº 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006. p. 34; FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, nº 239, Rio de Janeiro: Renovar, p. 45-65, jan./mar. 2005. p. 46 *et seq.*

configura como *conveniência egoística da Administração Pública*. O chamado *interesse secundário* (ALESSI) ou *interesse da Administração Pública* não é público”⁵¹⁰. No mesmo sentido alertam Héctor Jorge Escola e Agustín Gordillo.⁵¹¹

O erro, portanto, está em chamar de “interesse *público* secundário” uma categoria de interesses que pode ser reconduzida tanto à Administração Pública quanto a um particular. Por exemplo, o interesse pessoal de um comerciante em explorar atividade econômica de venda de explosivos sem adotar todas as medidas de segurança legalmente exigidas para reduzir os custos é um *interesse secundário*, mas pertence a um particular. Ele terá a mesma natureza que o interesse de um Estado da Federação de elevar ao máximo a carga tributária para arrecadar recursos, acima das capacidades dos contribuintes: será *secundário*, mas titularizado pelo Poder Público. Aí está a importância de não se utilizar o termo “público” ao se falar em “interesses secundários”: demonstrar que tais interesses do aparato administrativo são tão secundários quanto qualquer outro interesse eminentemente pessoal de um sujeito privado.

De todo modo, para a concepção delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Renato Alessi, o interesse público não é algo abstrato, etéreo, inatingível. O seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio Direito positivo⁵¹². De tal sorte, a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico⁵¹³, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição.⁵¹⁴ A qualificação de determinado interesse como público é promovida inicialmente pela Constituição e, com base nela, pelo legislador e pela Administração

⁵¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 118.

⁵¹¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 241; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. VI-31.

⁵¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 68.

⁵¹³ Por esse motivo, “é descabido que qualquer um, em nome de um pretense interesse público, pratique atos que não encontrem fundamento nas normas jurídicas”. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, nº 10, Curitiba: Gênesis, p. 676-687, jul./set. 1996. p. 677.

⁵¹⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003. p. 770.

Pública (por esta última apenas nas hipóteses e nos limites da discricionariedade que lhe for assinalada pela lei).⁵¹⁵

De acordo com essa compreensão, é possível identificar uma *estrutura* do conceito de interesse público, uma noção categórica geral do que se deve entender como tal, aplicável a qualquer sistema jurídico-político, despida de todo elemento contingente e variável, mas carente de um conteúdo objetivo. Num segundo momento, essa *estrutura* deve ser mergulhada na ordem jurídica sob exame, dotando-a de um *conteúdo* concreto a partir do sistema valorativo plasmado no ordenamento normativo analisado.⁵¹⁶

Essa concepção, embora seja correta e adequada sob os pontos de vista lógico e sociológico, não explica as distintas formas com que o conceito de interesse público é utilizado no Direito Administrativo. Sob o prisma jurídico, ela não esclarece a diferença, v.g., entre a anulação de um ato administrativo que tenha sido praticado para atender a uma finalidade diversa do *interesse público* previsto pelo ordenamento jurídico, e a legitimidade jurídica do ato de revogação de uma licitação em virtude da existência, no caso concreto, de motivos de *interesse público* aptos a justificar a prática do ato. São dois modos diversos de manifestação jurídica dessa categoria.

Verifica-se, pois, que o interesse público é usado de acordo com duas noções diferentes pelo Direito Administrativo. Uma delas diz respeito a um *interesse público em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público. A outra liga-se às situações em que se exige um *interesse público em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado. Assim, pode-se dizer que num sentido negativo o interesse público impõe um limite legal à atuação administrativa: o desrespeito ao interesse público invalida o ato através da técnica do desvio de poder. Num sentido positivo, ele é uma condição

⁵¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

⁵¹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 236.

para o exercício de determinada prerrogativa: apenas quando presente um interesse público qualificado, poderá agir a Administração.⁵¹⁷

Em ambas as noções, o interesse público desempenha uma de suas funções mais importantes para o Direito Administrativo: limitar juridicamente o exercício de competências administrativas. Ele se impõe como uma condição de validade dos atos administrativos, ora negativa (vedando condutas contrárias ao interesse público, genericamente tutelado pelo sistema normativo), ora positiva (autorizando condutas apenas quando estiver presente um interesse público especial, exigido expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico). Como pressuposto de validade na vertente negativa, o exemplo clássico é o do desvio de poder. Esse ocorrerá sempre que a autoridade administrativa expedir um ato de sua competência tendo um objetivo diverso daquele previsto na lei que lhe conferiu a competência para agir. O ato será anulado em tal hipótese, uma vez que perseguiu um interesse pessoal do agente ou de um terceiro, e não o interesse público⁵¹⁸. Em outras oportunidades, o interesse público figurará como condição positiva de validade de um ato administrativo, constituindo o fundamento da ação administrativa. A desapropriação é um ótimo exemplo: a prerrogativa de expropriar só poderá ser utilizada quando um interesse público especial (utilidade pública, interesse social) estiver presente, autorizando o seu exercício.⁵¹⁹

Essas duas noções distintas de interesse público são rotuladas por Carlos Ari Sundfeld de *interesse público em sentido mínimo* e *interesse público em sentido forte*. Toda vez que o ordenamento jurídico outorga ao Estado o dever de cuidar de um determinado valor, ele o está qualificando como interesse público, legitimando a atuação estatal. Esse é o *interesse público em sentido mínimo*. Há, no entanto, outro sentido possível para o *interesse público*: nas hipóteses em que o Direito positivo

⁵¹⁷ TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 87 *et seq*; NIETO, Alejandro. *La Administración sirve... Op. Cit.*, p. 2219.

⁵¹⁸ CHEVALLIER, Jacques. *Le concept d'intérêt en science administrative*. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 149.

⁵¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*, p. 150.

consagrar a prevalência de um interesse específico sobre outros valores que com ele se choquem, legitimando a atuação estatal, trata-se do *interesse público em sentido forte*, que estabelece uma relação de prevalência de um valor sobre outro.⁵²⁰

O que se propõe neste trabalho é uma classificação semelhante, pautada exatamente nessa dupla noção jurídica de interesse público, mas com expressões que parecem ser mais adequadas para expressar as peculiaridades desse fenômeno: *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*. Em breves linhas, que serão desenvolvidas nos tópicos subsequentes, a proposta consiste em uma compreensão bipartida do conceito de interesse público, nos seguintes termos:

(2.2.2.) *interesse público em sentido amplo*: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*) quanto interesses individuais e coletivos (*interesses específicos*), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num *pressuposto negativo de validade* da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê;

(2.2.3) *interesse público em sentido estrito*: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num *pressuposto positivo de validade* da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (*interesses específicos*) também protegidos pelo sistema normativo.

⁵²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, nº 28, Porto Alegre: Notadez, p. 29-42, nov./dez. 2004. p. 31.

Cumpra, então, esclarecer com maior detença o significado e os desdobramentos de cada uma dessas noções, como premissa necessária para a posterior explicação do sentido da afirmação da supremacia do interesse público.

2.2.2. *Interesse público em sentido amplo*

O primeiro sentido que se pode atribuir ao termo *interesse público* tem uma conotação ampla: será público todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, cuja satisfação deva ser assegurada pelo Estado, direta ou indiretamente, e que constitui uma barreira negativa para a sua atuação, impedindo-o de agir de maneira a contrariá-lo. Essa vedação de atuação contrária não se dirige somente ao Poder Público, mas também aos particulares. Por isso é que o interesse público é considerado, nessa óptica, como a finalidade do Estado⁵²¹: deverá ser por ele garantido *diretamente*, através do cumprimento das normas jurídicas a ele endereçadas, e *indiretamente*, constringendo os sujeitos privados a cumprirem as determinações de todos os dispositivos do sistema normativo.

Sob esse ponto de vista, um determinado interesse passa a ser reconhecido como público a partir do momento em que o legislador (constituente ou ordinário) reconhece a conveniência ou a necessidade de recepcioná-lo como tal, outorga-lhe proteção jurídica, e determina se ele será realizado pelos particulares ou pela Administração.⁵²² Por exemplo: a proibição da poligamia retrata interesse público cujo cumprimento incumbe aos particulares⁵²³; o dever de instaurar processo de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público traduz interesse público a ser obedecido pela Administração⁵²⁴.

⁵²¹ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración... *Op. Cit.*, p. 558.

⁵²² MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 852-853.

⁵²³ Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002): “**Art. 1.521.** Não podem casar: (...) **VI** - as pessoas casadas”.

⁵²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 37. (...) XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos

Nessa perspectiva ampla, o interesse público se revela como uma ideia aplicável a todos os ramos jurídicos, não sendo peculiar ao Direito Administrativo. Será de interesse público o respeito à boa-fé objetiva nos contratos firmados entre particulares, porque assim exige o art. 422 do Código Civil⁵²⁵. Diga-se o mesmo em relação à concessão de férias anuais remuneradas ao trabalhador da iniciativa privada: o desrespeito a esse direito, assegurado pelo art. 7º, XVII da Constituição Federal⁵²⁶, importa violação ao interesse público, eis que esse interesse do trabalhador foi assim caracterizado quando recebeu a tutela do Direito positivo. Deverá, portanto, ser obedecido também pelos particulares, cumprindo-lhes recorrer ao Estado sempre que forem prejudicados em decorrência de sua inobservância por parte de outros sujeitos privados.

No âmbito do Direito Administrativo, essa concepção ampla fornece um instrumento capaz de controlar a atividade da Administração Pública, vinculando-a sempre ao interesse público inscrito no ordenamento jurídico. Aproxima-se, assim, da ideia de juridicidade administrativa⁵²⁷, como subordinação das atividades estatais não apenas à lei em sentido formal, mas ao Direito como um todo. A preocupação em obrigar o Poder Público a praticar seus atos em conformidade com um interesse público em sentido amplo, genérico, encarado como o respeito ao sistema normativo, pode ser ilustrada pela inclusão expressa desse dever nas Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978.

O art. 266º, nº 1, da atual Constituição lusitana estabelece que “A Administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Do dispositivo, deduz-se o chamado *princípio de prossecução do interesse público*. Consoante Diogo Freitas do

termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁵²⁵ Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002): “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 7º.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) **XVII** - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

⁵²⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: _____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-143.

Amaral, ele constitui “o princípio motor da Administração pública. A Administração actua, move-se, funciona para prosseguir o interesse público. O interesse público é o seu único fim”⁵²⁸. Da parte final do dispositivo se extrai literalmente que essa perseguição do interesse público compreende o respeito aos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, ou seja, os interesses tutelados pelo Direito positivo, na forma de direitos subjetivos ou não, consubstanciam o interesse público a ser buscado pelo Estado⁵²⁹. Há uma semelhança entre o interesse público, genericamente considerado, e a juridicidade administrativa.

Na mesma linha, a Constituição espanhola de 1978 dispõe em seu art. 103.1. que “A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à Lei e ao Direito”⁵³⁰. Em que pese o emprego da expressão “*intereses generales*”, parece ser consensual na doutrina que o termo é utilizado com o mesmo sentido de *interesse público*, sendo equivalentes tais locuções.⁵³¹ Até porque, nos debates constituintes, a proposta originária de redação

⁵²⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001. p. 33.

⁵²⁹ Maria João Estorninho assevera categoricamente que “é fundamental afirmar, sem deixar margem para dúvidas, que o interesse público é indissociável de toda e qualquer actividade administrativa”. Em razão disso, sustenta não haver dúvidas quanto ao fato de a atividade de Direito Privado desempenhada pela Administração Pública, “tal como aquela de direito público, dever igualmente ser sempre exercida com vista à prossecução do interesse público”. O que diferencia uma atividade (de Direito Público) da outra (de Direito Privado) não é a finalidade a ser alcançada por cada uma delas (que será, em ambos os casos, tutelar o interesse público), mas tão-somente o regime jurídico aplicável. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009. p. 167-168.

⁵³⁰ Tradução livre. No original: “**Art. 103.1.** La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

⁵³¹ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 196; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, Madrid: Civitas, p. 69-89, ene./mar. 1996. p. 72; SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 8, Madrid: Civitas, p. 63-94, ene./mar. 1976. p. 73; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 560; CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de*

apresentada pelo então deputado José Luis Meilán Gil (“*La Administración sirve con objetividad los intereses coletivos*”⁵³²) foi objeto de discussão e modificação na Comissão de Constituição do Senado. A emenda foi justificada no sentido de que o rótulo “*intereses generales*” abrangeria não somente os interesses coletivos, mas também “interesses perfeitamente individualizados, como são, por exemplo, os de saúde, educação, etc., cuja salvaguarda corresponde ao interesse geral ou público”⁵³³. Apenas para não provocar uma cacofonia, afirmando-se que a Administração *Pública* serve ao interesse *público*, propôs-se a alteração da redação para “*intereses generales*”, que foi aprovada na redação final do art. 103.1.⁵³⁴

Versando sobre essa concepção ampla de interesse público, concebido como um dever genérico da Administração de obedecer ao sistema normativo, José Luis Meilán Gil destaca que “desde esta perspectiva *o interesse público é conformidade com a legalidade, com o Direito*”. Esse sentido conferido ao conceito sob análise é tão próximo ao do princípio da juridicidade administrativa (consonância da atuação administrativa com o ordenamento jurídico) que o autor chega a asseverar que a submissão plena da Administração “não só à lei, mas também ao Direito, no que se deve incluir a Constituição, faz desnecessária a invocação do interesse público”⁵³⁵.

Dentro dessa perspectiva, Franco Bassi ressalta que a dinamicidade desse conceito (pode ser que “um interesse hoje qualificado como público deixe de sê-lo amanhã ou vice-e-versa”) reclama o entendimento de que a definição do que vem a ser interesse público é delineada não pela lei em sentido formal, mas em sentido material. O relevante, segundo o autor, é sublinhar que “a qualificação de um interesse como público constitui o resultado de uma escolha normativa”. Ou seja, o complexo processo de avaliação de qual interesse deverá ser caracterizado como público pode ser

Derecho, nº 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007. p. 132.

⁵³² MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español... *Op. Cit.*, p. 178.

⁵³³ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2186.

⁵³⁴ A emenda foi aprovada por 23 votos a favor e uma abstenção, conforme consta do *Diario de sesiones del Senado de 6-8-1978*, citado por NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2185-2186 e nota de rodapé nº 1. O autor manifesta surpresa com a “frivolidade” do constituinte espanhol, em modificar expressões sob o argumento da cacofonia.

⁵³⁵ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 187.

realizado em sede constitucional, legislativa ou regulamentar, desde que seja efetuado por um órgão investido de poder normativo pelo ordenamento jurídico, no rigoroso respeito da sua competência.⁵³⁶

Esse processo de definição pelo ordenamento jurídico de quais interesses devem ser considerados como *públicos* em sentido amplo, merecendo a tutela do Estado e a observância obrigatória dos cidadãos, é realizado por meio das seguintes etapas. Primeiramente, compete ao legislador constituinte estabelecer em caráter primário os valores fundamentais partilhados pela sociedade, que nortearão a eleição dos fins a serem perseguidos pelo Estado. A razão pela qual lhe compete tão relevante incumbência é muito simples. Conforme ensina Clèmerson Merlin Clève, “a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus* onde se opera a luta jurídico-política”, que “condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração”⁵³⁷. Contando com a ampla participação dos diversos segmentos da sociedade na sua formação, a Constituição, ao proclamar os objetivos e princípios fundamentais do Estado, enunciar os direitos fundamentais do cidadão⁵³⁸ e fixar os programas de ação do Poder Público, qualifica quais interesses devem ser protegidos como *públicos*.

Num segundo momento, cabe à legislação infraconstitucional estabelecer quais interesses devem ser tutelados pelo ordenamento, por intermédio da deliberação pública. O constituinte, muitas vezes, remete ao legislador ordinário a prerrogativa para fixar objetivos políticos, classificando determinados interesses como públicos. Isso não significa que ele assine um cheque em branco, entregue às mãos do Poder Legislativo, eis que a lei deverá estar sempre subordinada a critérios constitucionais concretos e aos valores albergados no tecido da Constituição.⁵³⁹ O legislador ordinário detém competência para fixar o conteúdo do interesse público, em todos os espaços

⁵³⁶ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 246-247.

⁵³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo... *Op. Cit.*, p. 40. Sobre a compreensão do Direito enquanto “espaço de luta”, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

⁵³⁸ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 183.

⁵³⁹ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2215.

deixados pelo constituinte. Trata-se de uma exigência lógica da dinamicidade social.⁵⁴⁰ Desde que o interesse definido por ele como público não importe afronta a um valor constitucional, ele é livre para apreciá-lo e assim qualificá-lo.⁵⁴¹ Desse modo, embora o interesse público seja determinado primeira e primordialmente pelas normas constitucionais, sua definição não se limita ao que estas últimas dispõem⁵⁴².

Nessa esteira, Fernando Sáinz Moreno explica que em um Estado Democrático compete ao legislador fixar o que convém ao interesse público, uma vez que este, na condição de representante da vontade popular, manifesta através de sua atuação legislativa a concepção de interesse público que prevalece em cada momento histórico⁵⁴³. É por meio de “procedimentos jurídico-democráticos, em um debate público” que esse interesse é definido.⁵⁴⁴ Afinal, conforme pontua Eneida Desiree Salgado, o Parlamento é “a arena da discussão pública, o lugar do debate robusto e acessível a todos, da apresentação de argumentos e de contra-argumentos, de deliberação sobre a vontade do Estado”⁵⁴⁵. Sustentando posição similar, Mariano R. Brito advoga a existência de um harmonioso vínculo entre legalidade e interesse público, constituindo ambos blocos de pedras seguras para a operação do regime administrativo.⁵⁴⁶ Lições semelhantes são expendidas por Luis de la Morena y de la Morena, Georges Vedel e Pierre Devolvé.⁵⁴⁷

⁵⁴⁰ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 246-247.

⁵⁴¹ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 115.

⁵⁴² MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Drs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 37; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563.

⁵⁴³ Cite-se, como exemplo, a Lei nº 16.239/2009 do Estado do Paraná. Após a sua promulgação, passou a ser de interesse público a proibição de consumo de cigarro em locais de uso coletivo total ou parcialmente fechados.

⁵⁴⁴ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 75.

⁵⁴⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 230.

⁵⁴⁶ BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: _____. *Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 260.

⁵⁴⁷ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 852; VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. I. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 518.

Após a especificação do conteúdo do interesse público pela Constituição e pelo legislador ordinário, compete ao Poder Executivo expedir atos normativos, através do exercício do poder regulamentar, explicitando os contornos desse interesse plasmado nas normas constitucionais e legais. Essa etapa só ocorrerá quando se fizer necessária a especificação regulamentar de comandos legais e constitucionais, para a sua fiel execução, como nos casos em que o legislador, “por não dispor da formação adequada, acaba por atribuir ao Executivo o encargo de, por meio de regulamentos, completar a disciplina normativa básica contida em lei”⁵⁴⁸. Tais atos jamais poderão contrariar as determinações do legislador constituinte e ordinário, pois a estes incumbe a fixação *primária* da essência do interesse público. O papel confiado à Administração na definição abstrata do interesse público mediante elaboração normativo-regulamentar ostenta caráter *secundário* e subordinado à Constituição e às leis, conforme ressaltam Clèmerson Merlin Clève⁵⁴⁹ e Romeu Felipe Bacellar Filho⁵⁵⁰.

Finalmente, caberá à Administração, em face da realidade concreta⁵⁵¹, buscar a sua satisfação dentro dos fins, alcance e requisitos sinalados no sistema normativo⁵⁵² (Constituição, leis e atos administrativos normativos), através da aplicação dos comandos jurídicos que lhe são dirigidos.⁵⁵³ Se a determinação do interesse público incumbe a um órgão dotado de função normativa, é certo que a sua identificação no mundo dos fatos constitui tarefa a ser realizada pela Administração Pública, por meio da edição de atos administrativos concretos.⁵⁵⁴ Não é a Administração Pública que

⁵⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo...* Op. Cit., p. 140.

⁵⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*, p. 140.

⁵⁵⁰ Para o autor, “os atos provenientes do exercício do poder regulamentar não podem jamais inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações aos seus destinatários. O regulamento deve ser reduzido sempre à sua real expressão de mero explicitador, mero pormenorizador da lei formal. O agente público não pode, a pretexto de tentar explicitar os comandos da lei, ultrapassar as suas reais aspirações”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro. In: *XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Conferência de abertura proferida em 21.10.2009. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 2009.

⁵⁵¹ BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 109.

⁵⁵² SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... Op. Cit., p. 65.

⁵⁵³ SAGUER, Marta Franch i. El interés público... Op. Cit., p. 406; MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... Op. Cit., p. 852.

⁵⁵⁴ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... Op. Cit., p. 247.

qualifica originariamente um interesse como público (salvo no exercício do poder regulamentar, mas que detém, de todo modo, natureza secundária). Via de regra, a ela compete apenas persegui-lo e identificá-lo no caso concreto.⁵⁵⁵

Há hipóteses, contudo, em que as normas jurídicas pré-determinadas não definem claramente o interesse público a tutelar, abrindo espaço para a Administração adotar decisões que lhe preencham o conteúdo na situação fática. Essa remissão à Administração pode ser feita através da atribuição de uma competência discricionária ou do recurso ao interesse público como conceito legal⁵⁵⁶ (quando a norma utiliza fórmulas como “por razões de interesse geral”, “em função do interesse geral”, “conforme aos interesses gerais”, etc., que devem ser concretizadas pela Administração diante dos fatos com que se deparar⁵⁵⁷). Em tais casos, será a Administração competente para definir os fins de interesse público no domínio que não é reservado ao legislador.⁵⁵⁸ Nessas duas situações – instituição de competência discricionária e interesse público como conceito legal – *quando a existência de um interesse público qualificado for um requisito para habilitar a atuação administrativa*, já se está tratando do *interesse público em sentido estrito*, sobre o qual se versará no subitem 2.2.3.

Assim, quando as normas constitucionais, legais e regulamentares estipularem de forma objetiva quais interesses estão sendo por ela protegidos, que vincularão a atividade administrativa na sua efetivação, está-se diante do *interesse público em sentido amplo*: interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Quando tais normas capacitarem a Administração a detectar qual é o interesse público no caso concreto, mediante a atribuição de competências discricionárias ou o recurso ao interesse público como conceito legal, aí estará presente o *interesse público em sentido estrito* (2.2.3.), *desde que a presença desse interesse público especial seja um pressuposto para autorizar a atividade administrativa*, permitindo-lhe fazer preponderar o *interesse geral* (da coletividade) sobre um *interesse específico*

⁵⁵⁵ BASSI, Franco. *Idem*, p. 245.

⁵⁵⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 75.

⁵⁵⁷ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563.

⁵⁵⁸ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*... *Op. Cit.*, p. 518.

(*individuais* ou *coletivos*), quando ambos estiverem resguardados pelo Direito positivo.

No que tange ao *interesse público em sentido amplo*, outro aspecto que deve ser posto em relevo é a importância do *princípio da finalidade*, como elemento que compõe o seu conteúdo básico. Não basta a afirmação simples de que a Administração deve cumprir a lei para atender ao interesse público. Em primeiro lugar, porque o próprio conteúdo da lei pode lhe ser atentatório, quando contrariar as balizas constitucionais que o delineiam originariamente, razão pela qual, no Direito francês, a conformidade da lei ao interesse público é uma condição imposta para o reconhecimento da sua constitucionalidade⁵⁵⁹. Ademais, porque a aplicação legal pode ser efetuada com uma finalidade diversa daquela prevista pela norma, configurando desvio de poder e descumprimento do interesse público subjacente ao comando jurídico.

A assertiva deve ser formulada em outros termos: para satisfazer o *interesse público em sentido amplo*, é necessário que a Administração aplique a norma jurídica de acordo com a finalidade por ela prevista, pois “quem desatende ao fim desatende à *própria lei*”⁵⁶⁰. Com efeito, o *princípio da finalidade* “é firmado para assegurar que a entidade estatal realiza os fins a que se destina, como previsto no Direito”⁵⁶¹. Logo, a concretização da finalidade que a norma jurídica pretende atingir é uma condição de legalidade da ação administrativa⁵⁶², uma vez que o manejo das competências legais pelo administrador com vistas a um fim diverso daquele que as justifica significa afronta ao interesse público. Quando a lei atribui uma competência a uma autoridade administrativa, ela o faz com a finalidade de realizar um determinado interesse público, pelo que lhe é defeso aplicá-la com outros objetivos.⁵⁶³

⁵⁵⁹ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 109.

⁵⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 106.

⁵⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública... Op. Cit.*, p. 150.

⁵⁶² Por isso é que Celso Antônio Bandeira de Mello considera o princípio da finalidade como uma inerência do princípio da legalidade administrativa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 106.

⁵⁶³ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif... Op. Cit.*, p. 520-521.

A inclusão do *princípio da finalidade* como componente essencial da noção de *interesse público em sentido amplo* produz duas notórias consequências jurídicas: (i) proíbe a prática de atos administrativos alheios a qualquer finalidade pública prevista pelo ordenamento jurídico em geral (v.g., atos voltados a fins ilícitos), fato que condiciona a validade da atuação administrativa à sua conformidade com o Direito positivo; (ii) veda a expedição de atos administrativos exarados com fundamento na lei, mas dirigidos a uma finalidade diversa daquela prevista pela norma. Nesse último caso, está incorreto dizer que a Administração atendeu a um interesse público diverso⁵⁶⁴, pois se o fim perseguido não foi aquele inscrito na lei, o interesse buscado pelo agente não pode ser considerado como público⁵⁶⁵. Portanto, não basta que a Administração aja com supedâneo no sistema normativo: o atendimento do *interesse público em sentido amplo* depende do cumprimento da específica finalidade prescrita pela norma jurídica.

Frise-se, assim, que a subordinação da atividade administrativa ao *interesse público em sentido amplo* é exigida não apenas nos atos vinculados, mas também naqueles praticados no exercício de competência discricionária. Estes últimos só estarão em conformidade com essa modalidade de interesse público se sua prática se destinar à finalidade prevista pela norma, de sorte que a ação da Administração tenha como objetivo produzir o resultado específico que a lei destina àquele ato em particular.

Nessa medida é que se afirma que o *interesse público em sentido amplo* funciona como uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, tanto vinculados quanto discricionários, pois lhes estabelece um limite: ele impede, de um lado, que a Administração atue ao arrepio do ordenamento jurídico, e, de outro, que sejam expedidos atos desobedientes à determinada finalidade a que eles se destinam, tal qual instituída pela norma jurídica que autorizou a sua prática.⁵⁶⁶ A violação ao

⁵⁶⁴ Como o faz Jean Rivero. Cf.: RIVERO, Jean. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 290.

⁵⁶⁵ Nessa linha: TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...* Op. Cit., p. 106.

⁵⁶⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, nº 82, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 439-454, ene./abr. 1977. p. 441.

interesse público nessas situações rende ensejo à anulação do ato administrativo pela jurisdição, através da conhecida técnica do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*.

O vício do desvio de poder pode ser definido como “ato pelo qual uma autoridade administrativa utilizou seus poderes com um objetivo diverso daquele em razão do qual seus poderes lhe foram conferidos”⁵⁶⁷. Ele deriva de uma dissonância entre os fins que o autor do ato deveria legalmente buscar e aqueles que ele efetivamente perseguiu. Por esse motivo se pode afirmar que, no fundo, a declaração de nulidade nada mais é do que o reconhecimento de que a Administração não atuou a serviço do interesse público em um caso concreto⁵⁶⁸. Por conseguinte, como observa Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, quando um tribunal anula um ato administrativo mediante a técnica do *desvio de poder* significa que ele está atestando que o ato em questão desatendeu ao interesse público previsto na norma que autorizou a sua prática⁵⁶⁹. Uma última etapa desse processo de definição e aplicação do interesse público seria, pois, a verificação da conformidade da atuação administrativa com o interesse público na realidade fática, levada a efeito pelos órgãos jurisdicionais⁵⁷⁰.

Assentadas as linhas gerais que delineiam o conceito de *interesse público em sentido amplo*, impende demonstrar quais espécies de interesses estão englobadas por essa noção, e qual a sua distinção em relação ao *interesse privado*. Esse aspecto mostra-se decisivo para a compreensão do princípio constitucional da supremacia do interesse público. A concepção aqui adotada parte de uma proposta desenvolvida por François Ost, sobre interesses e direitos. Muito embora não deduza dessa formulação as mesmas consequências que aqui serão extraídas para a formação da noção de *interesse público*, o autor oferece uma interessante explicação sobre os níveis de

⁵⁶⁷ Cuida-se da conhecida formulação de Edouard Laferrière, citada por TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...* *Op. Cit.*, p. 89.

⁵⁶⁸ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 103.

⁵⁶⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 113.

⁵⁷⁰ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2252; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563; SAGUER, Marta Franch i. El interés público... *Op. Cit.*, p. 406.

proteção jurídica que podem ser outorgados às diversas modalidades de interesses, a qual se revela muito útil para esclarecer a diferença entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse privado*.

De acordo com Ost, o fenômeno jurídico é construído por uma luta de incontáveis interesses que muitas vezes assumem a forma de pretensão a um direito, podendo vir a se transformar em direitos subjetivos ou interesses juridicamente protegidos. O “interesse”, portanto, constitui uma das principais fontes de grande parte dos conceitos jurídicos.⁵⁷¹ Ademais, cuida-se de uma figura dotada de imprecisão, assumindo inúmeras definições distintas. O autor cita o caso do *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, que arrola variadas definições para a palavra “interesse”. Para o significado de nº 2, interesse “se distingue de um direito” (‘aquilo que é bom, oportuno, vantajoso, benéfico – vantagem de ordem patrimonial ou extrapatrimonial’), ao passo que a acepção de nº 4, da mesma palavra, é sinônima de “direito”.⁵⁷²

Por essa razão, deve-se tomar cuidado com afirmações taxativas em matéria de “interesses”, pois é possível que aquilo que um autor denomina de “interesse privado” diga respeito a uma acepção diversa daquela empregada por outro autor que utiliza a mesma expressão. Podem se tratar de concepções distintas sobre o termo “interesse”. Aqui parece estar a chave para entender por que existem tantas confusões quanto ao princípio da supremacia do interesse público: aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho chamam de interesse privado⁵⁷³, por exemplo, trata-se de uma concepção distinta daquela

⁵⁷¹ OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

⁵⁷² OST, François. *Idem*, p. 11.

⁵⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 181-191; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro... *Op. Cit.*, p. 89-116.

empregada por Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binzenbojm⁵⁷⁴, apenas para citar alguns autores. Essa questão será retomada posteriormente.⁵⁷⁵

A noção de *interesse público em sentido amplo* engloba tanto *direitos subjetivos* quanto outros interesses que, embora não tenham recebido essa roupagem, são também protegidos pela ordem jurídica: os *interesses legítimos*. Tais interesses, distintos dos *direitos subjetivos*, beneficiam-se de uma fluidez conceitual que se afasta da rigidez desses últimos. Eles se acomodam a titulares mais difusos e indeterminados.⁵⁷⁶ Os *interesses legítimos* fazem nascer novas obrigações que poderão futuramente se traduzir em novos direitos (v.g., expectativa de direito à nomeação, de um candidato aprovado em um concurso público, mas não classificado entre as vagas disponíveis para provimento imediato). E concomitantemente eles podem relativizar direitos que aparentavam ser absolutos, restringido vontades que pareciam ser soberanas⁵⁷⁷ (v.g., função social da propriedade). São interesses que, embora protegidos por normas jurídicas, não se converteram em direitos subjetivos. Eles se beneficiam de uma proteção limitada e negativa, ou seja, impõem a proibição de condutas que lhes contrariem, embora o seu titular não possa exigir a sua satisfação direta.⁵⁷⁸

Em ambas as figuras – *direito subjetivo* e *interesse legítimo* – existe um interesse individual reconhecido e tutelado pelo Direito. A distinção entre elas repousa no fato de que no *direito subjetivo* a proteção legal é direta e imediata, conferindo ao seu titular a faculdade de exigir de outrem determinados comportamentos que satisfaçam aquele interesse albergado na lei, autorizando-o, nos casos de

⁵⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-117; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁷⁵ Parte II, Capítulo 4, item 4.2., subitem “4.2.1. Os conceitos de ‘interesse público’ e de ‘interesse privado’ adotados”.

⁵⁷⁶ OST, François. Entre droit et non-droit... *Op. Cit.*, p. 12.

⁵⁷⁷ OST, François. *Idem*, p. 13.

⁵⁷⁸ GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 3. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 225.

descumprimento, a recorrer ao Poder Judiciário para lograr a sua realização.⁵⁷⁹ Um exemplo seria o direito à aposentadoria do servidor público com sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, que tenha dez anos de exercício no serviço público e cinco no cargo em que se dará a aposentadoria (art. 40, §1º, III, “a” da CF⁵⁸⁰). A Constituição autoriza que o servidor exija a realização de seu direito, permitindo-lhe, no caso de eventual indeferimento de seu pleito, manejar ação judicial para constranger a Administração a satisfazê-lo (realizando, com isso, o seu interesse individual direta e imediatamente protegido pelo direito subjetivo).

Por seu turno, o *interesse legítimo* goza de uma proteção legislativa indireta (embora igualmente imediata), visto que o particular não pode exigir da Administração que satisfaça o seu interesse individual, pessoal, subjetivo, mas tão-somente que não o ofenda ilegalmente. Nesse caso, poderá o sujeito interessado acionar o Judiciário apenas para desfazer os atos ilegais que o tenham prejudicado, não podendo exigir a realização do seu interesse pessoal. Diogo Freitas do Amaral, em breve passagem, explica de forma claríssima essa distinção: “no direito subjectivo, o que existe é *um direito à satisfação de um interesse próprio*; no interesse legítimo, o que existe é apenas um *direito a legalidade das decisões que versem sobre um interesse próprio*”⁵⁸¹.

Exemplo de *interesse legítimo* seria o do vencedor de uma licitação que foi revogada pela Administração⁵⁸². Apesar de o licitante, no caso de revogação, não ter o *direito subjetivo* à adjudicação do objeto da licitação, ele tem o *direito subjetivo* de ser

⁵⁷⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001. p. 65-66.

⁵⁸⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 40.** (...) § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: **III** - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: **a)** sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher”.

⁵⁸¹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 65.

⁵⁸² Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

indenizado pelos prejuízos que essa extinção proporcionou ao seu *interesse legítimo* de ser contratado pelo Estado.⁵⁸³ Outro caso seria o do exercício do poder de polícia através das autorizações: o indivíduo que preencher os requisitos mínimos para a concessão de uma autorização tem o *interesse legítimo* de ter o seu pedido deferido pela Administração. Como se trata de uma apreciação discricionária, o pleito poderá ser denegado. Conquanto o particular não possua um *direito subjetivo* à concessão da autorização, ele tem o *interesse legítimo* de que sua solicitação seja avaliada e concedida. Ele poderá recorrer ao Judiciário caso o indeferimento seja imotivado, pois tem *direito subjetivo* à motivação do ato, mas não ostenta *direito subjetivo* ao deferimento de seu requerimento.

Há quem refute essa distinção, considerando que todos os interesses juridicamente protegidos são *direitos subjetivos*, não havendo que se falar em *interesses legítimos*. É o caso de Emerson Gabardo, que assim se manifesta: “A partir do surgimento da idéia de garantia dos ‘direitos públicos subjetivos’, sobrou pouco espaço para a existência de um ‘interesse juridicamente protegido’ que não implique titularidade subjetiva alguma”, já que “no mínimo, a sociedade seria a titular de tais interesses e poderia cobrar do Estado a sua proteção”⁵⁸⁴. Concorde-se com autor que, no caso dos *interesses legítimos*, a sociedade poderá demandar do Poder Público a sua tutela, em caso de violação, mas apenas num sentido negativo. Não parece que a forma como se dará essa proteção judicial seja idêntica, v.g., no caso de ofensa ao direito de propriedade (*direito subjetivo* do indivíduo) e na hipótese de descumprimento da função social da propriedade (*interesse legítimo* da sociedade).

Ambas as situações – *direito subjetivo* e *interesse legítimo* – são passíveis de controle jurisdicional, embora em medidas diferentes. Não se pretende aqui acentuar essa distinção para afastar a possibilidade de controle jurisdicional deste último. Tal diferenciação – com o objetivo de determinar quais atos podem ser impugnados perante o Poder Judiciário – só faz sentido em países de jurisdição dúplice que adotam

⁵⁸³ Nesse sentido: TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 198 e 232 *et seq*; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 610; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. São Paulo: Dialética, 2010. p. 682.

⁵⁸⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* *Op. Cit.*, p. 305.

esse critério para estreimar a competência do Poder Judiciário daquela própria da Jurisdição Administrativa, como é o caso da Itália.⁵⁸⁵ O que importa ressaltar, para os fins a que se destina este estudo, é que todo *interesse juridicamente protegido* deve ser considerado como *interesse público em sentido amplo*. Portanto, em razão do escopo almejado por essa explicação, a possibilidade ou não de se fazer essa distinção é irrelevante. Assim, independentemente de ser ou não possível fazer essa separação no Brasil, o fato é que ela é significativa em outros países, motivo pelo qual se continuará aludindo a *direitos subjetivos e interesses legítimos*.

De todo modo, convém salientar que não se pode confundir interesses com direitos.⁵⁸⁶ Há interesses que são protegidos pelo ordenamento jurídico, ao passo que outros não o são. Existem ainda aqueles cuja perseguição é proibida pelo sistema normativo: a ordem jurídica não apenas deixa de tutelá-los, como também veda a sua satisfação. Pode-se então dizer que no meio de um mar de interesses, um conjunto mais restrito deles é elevado à dignidade de direitos subjetivos⁵⁸⁷, havendo outras espécies que não desfrutam dessa proteção pelo Direito.

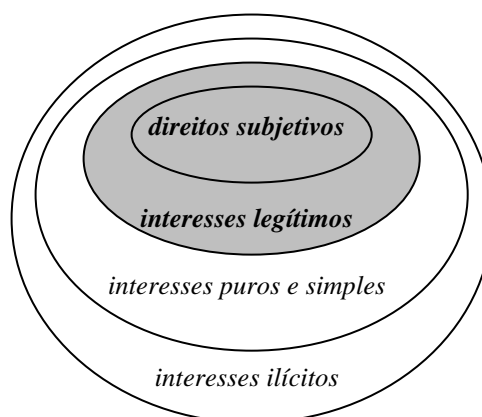
Em uma imagem sugerida por François Ost, é possível identificar essa vasta gama de interesses como um grande círculo, no centro do qual figura um núcleo composto por *direitos subjetivos*, que conferem aos seus titulares uma proteção jurídica máxima. Em uma segunda camada, muito próxima a esse núcleo duro dos direitos subjetivos, estão os *interesses legítimos*, cujo reconhecimento enseja uma certa proteção jurídica, que proíbe a sua ofensa por terceiros, embora não autorize a postulação da sua satisfação direta. Numa terceira esfera, encontram-se *interesses puros e simples*, cuja realização é indiferente para o ordenamento jurídico; não são nem proibidos, nem tutelados. Podem ser perseguidos, desde que não conflitem com o Direito positivo. Na quarta camada, situada na periferia do círculo, estão os *interesse ilícitos*, cuja perseguição é apenas pelo sistema jurídico com sanções civis,

⁵⁸⁵ Nesse sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Proteção jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 176, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 9-14, abr./jun. 1989.

⁵⁸⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 304.

⁵⁸⁷ OST, François. *Idem*, p. 36-37.

administrativas e penais. Esquemáticamente, tal quadro se apresentaria da seguinte forma:



Os dois círculos preenchidos de cinza representam o conjunto de interesses protegidos pelo Direito. Os que estão em branco, retratam os interesses não protegidos (*puros e simples*) e os proibidos (*ilícitos*). Partindo desse quadro, e das ilações anteriormente alinhavadas, conclui-se que o *interesse público em sentido amplo*, que prevalece sobre o interesse privado, é composto pelas duas camadas centrais do diagrama de interesses: os *direitos subjetivos* e os *interesses legítimos*. Aí estão incluídos os direitos individuais, difusos e coletivos, fundamentais ou não, bem como toda a sorte de interesses que encontrem respaldo no ordenamento jurídico: eficiência e economicidade no manejo dos recursos públicos, transparência e publicidade na sua aplicação, isonomia nos certames públicos, entre tantos outros.

Essa associação entre *interesses juridicamente protegidos* e *interesse público em sentido amplo* justifica-se porque o “interesse público” tem um sentido objetivo, e não subjetivo. Daí se afirmar que a noção de interesse contida na expressão “interesse privado” difere-se daquela presente na locução “interesse público”.⁵⁸⁸ O *interesse público em sentido amplo* é aquele objetivamente protegido pelo ordenamento, ao passo que o *interesse privado* é aquele subjetivamente pretendido por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, voltado à satisfação de suas conveniências pessoais. O interesse objetivamente plasmado no sistema normativo é público em

⁵⁸⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 305.

razão da sua universalidade.⁵⁸⁹ Todos os indivíduos ou grupos sociais que estiverem naquela situação serão beneficiados pelo efeito da norma jurídica. É essa universalidade da norma – incidência em todo e qualquer caso semelhante – que lhe confere o qualificativo de protetora do interesse público.

Tal conclusão deriva, em alguma medida, da conceituação lógica de interesse público proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello: é interesse dos indivíduos, enquanto membros da coletividade, que os interesses albergados pelo sistema normativo sejam tutelados, independentemente de sua natureza individual, coletiva ou difusa. São interesses objetivamente protegidos pelo Direito, através das normas criadas pelos representantes do povo, expressando a vontade popular. Representam a *dimensão pública* dos interesses dos indivíduos, à qual já se referiu anteriormente.⁵⁹⁰ Cite-se um exemplo: a indenização de um dano causado por uma ação estatal ao inimigo de um indivíduo, poderia, em princípio, não lhe interessar subjetivamente. Mas se ele estivesse na mesma situação de prejuízo experimentada pelo seu desafeto, teria interesse na indenização. Assim, ele tem um interesse objetivo de que o ordenamento jurídico preveja o dever de reparação dos danos causados pelo Estado. O mesmo ocorre na situação em que um cidadão não tem a menor pretensão subjetiva de participar de uma licitação pública. Ele poderia afirmar que não ostenta qualquer interesse no respeito à legalidade do edital, eis que a nulidade não lhe afeta diretamente. Porém, se ele estivesse no lugar de um dos licitantes, teria pleno interesse na sua conformidade jurídica. Logo, ele tem um interesse objetivo, que emana da sua qualidade de membro da sociedade, de que o ordenamento jurídico preveja o dever de restauração da legalidade do processo licitatório.

As espécies de interesses que compõem o conceito de *interesse público em sentido amplo* são, portanto, aquelas que o ordenamento jurídico protege na forma de *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*, podendo ostentar natureza: (a) *individual*, quando titularizados pelo indivíduo singularmente considerado; (b) *coletiva*, quando titularizados por um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a

⁵⁸⁹ GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public... *Op. Cit.*, p. 224.

⁵⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 60-61.

parte contrária por uma relação jurídica base”⁵⁹¹; ou (c) *difusa*, considerados como aqueles “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”⁵⁹².⁵⁹³

A categoria abrange, conseqüentemente, tanto o que aqui se passará a rotular de *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada), quanto aquilo que se chamará de *interesses específicos (individuais e coletivos)* protegidos pelo ordenamento.⁵⁹⁴ Atente-se para a distinção entre *interesse geral*, de titularidade difusa (v.g., proteção do meio-ambiente) e *interesse coletivo*, cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas (v.g., consumidores). O primeiro deles (*interesse geral*) é o que se chamará de *interesse público em sentido estrito*, a ser explorado no subitem 2.2.3.

A extrema riqueza e sofisticação do conceito de *interesse público* pode ser verificada no fato de que a mera referência a uma exigência da coletividade não é suficiente para abarcar todo o seu espectro⁵⁹⁵, quando ele é considerado em seu *sentido amplo*. A natureza individual ou setorial de um interesse não impede que ele seja

⁵⁹¹ Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. **Parágrafo único.** A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) **II** - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

⁵⁹² Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. **Parágrafo único.** A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) **I** - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

⁵⁹³ Diverge-se, pois, do entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “não há dúvidas acerca da existência de interesses *coletivos* e *difusos* que, não obstante sua pertinência a uma pluralidade de sujeitos privados, continuam a ter natureza privada”. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 122.

⁵⁹⁴ Conquanto não estabeleça uma distinção entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*, Fábio Medina Osório também inclui no conceito de interesse público a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 74, nota de rodapé nº 7.

⁵⁹⁵ BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico... *Op. Cit.*, p. 244.

qualificado como público.⁵⁹⁶ Destarte, os direitos subjetivos de caráter individual devem ser, invariavelmente, considerados como *interesse público (lato sensu)*. Compreendê-los como interesses exclusivamente privados significa retornar à concepção clássica do Direito Civil, edificada sobre um paradigma essencialmente individualista e privatista, que observava esse ramo jurídico como o campo do Direito destinado à proteção de interesses egoísticos⁵⁹⁷. Consiste em uma noção superada de direito subjetivo que o encara como “expressão de um individualismo exagerado que empurra ao primeiro plano da ciência do direito os interesses egoístas dos particulares”⁵⁹⁸. Contemporaneamente, essa racionalidade transformou-se, passando-se a entender que no “acatamento ao direito subjetivo está, sem dúvida, a própria garantia do interesse público”⁵⁹⁹.

Resumidamente, do conceito de *interesse público em sentido amplo* se denotam as seguintes inferências:

(a) ele engloba todos os *interesses juridicamente protegidos*, na forma de *direitos subjetivos* ou de *interesses legítimos*, permanecendo excluídos de suas fronteiras os *interesses puros e simples* e os *interesses ilícitos*, que configuram *interesses privados*;

(b) nele estão incluídos o *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada) e os *interesses específicos (individuais e coletivos)* tutelados pelo ordenamento jurídico;

(c) é definido mediante um processo de elaboração normativa: (i) primeiramente pelo constituinte, que fixa seus parâmetros essenciais ao proteger os valores mais fundamentais da sociedade; (ii) num segundo momento pelo legislador

⁵⁹⁶ MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156.

⁵⁹⁷ Uma ampla demonstração da superação dessa concepção pode ser encontrada em: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

⁵⁹⁸ A expressão é de H. Coing, citado por CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence... Op. Cit.*, p. 180-181.

⁵⁹⁹ CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951. p. 104.

ordinário, que através da deliberação democrática qualifica como públicos determinados interesses, em consonância com os objetivos jurídico-políticos previamente estabelecidos pela Constituição; (iii) quando for o caso, pelo Poder Executivo, mediante o exercício da função regulamentar, nas hipóteses e nos limites do que dispõem as normas legais e constitucionais;

(d) para sua satisfação, não basta que a atividade administrativa fundamente-se em um comando jurídico: é preciso que essa atuação esteja em conformidade com a *finalidade* subjacente à norma, que justifica a atribuição de competência para a prática do ato, sob pena de anulação através da técnica do *desvio de poder*;

(e) constitui uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, pois proíbe que a Administração Pública aja em desconformidade com ele, abrindo ensejo, em tal situação, ao controle da atividade administrativa.

A explicação do modo pelo qual esse *interesse público em sentido amplo* prevalece sobre o *interesse privado*, mediante a aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público, será efetuada no item 2.3., subitem 2.3.1, deste Capítulo.

2.2.3. Interesse público em sentido estrito

Entre os interesses juridicamente protegidos, que configuram o *interesse público em sentido amplo*, há uma parcela que se refere à coletividade considerada em si mesma (*interesse geral*), cuja identificação deve ser efetuada no caso concreto pelo Estado, nas hipóteses em que a norma jurídica atribui a determinado órgão, explícita ou implicitamente, uma competência para tanto, conferindo-lhe prerrogativas para assegurar a prevalência desses interesses sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* também tutelados pelo sistema normativo. Poderá ser uma competência instituída pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer um destes à Administração Pública ou à jurisdição. Em tais situações, está-se diante daquilo que se propõe a denominar de *interesse público em sentido estrito*.

Nessa perspectiva, a noção não é utilizada para impedir que o administrador contrarie as disposições do ordenamento jurídico (*pressuposto negativo de validade do ato*), mas sim para autorizar a sua atuação apenas em determinadas situações em que, se presente o *interesse público (stricto sensu)*, estará permitida a intervenção estatal.⁶⁰⁰ Sob essa dimensão, portanto, o interesse público não é concebido como um conceito que impõe um *limite negativo* à ação administrativa, mas como uma categoria que institui uma *condição positiva de validade* da atividade do Poder Público.⁶⁰¹ Trata-se de um *plus*, de um interesse público qualificado, que ultrapassa o simples respeito ao Direito positivo.

Conforme explica Eduardo García de Enterría, são casos em que as disposições normativas “impõem reduplicativamente a exigência da presença específica de um qualificado interesse público para poder exercitar determinada competência ou justificar uma medida concreta, normalmente de exceção da regra comum”⁶⁰². É o caso, por exemplo, da desapropriação: só estará juridicamente autorizada a expropriação de um imóvel pela Administração se na realidade fática houver um determinado *interesse público* (“necessidade ou utilidade pública” ou “interesse social”⁶⁰³) que a justifique.⁶⁰⁴

Essa modalidade do conceito sob exame é verificada nas hipóteses em que a norma remete ao legislador ordinário, à Administração ou à jurisdição a incumbência de avaliar, no caso concreto, se há um interesse público que justifique a sua atuação, isto é, um interesse titularizado pela coletividade (*interesse geral*) que deva ser assegurado pelo Estado mediante a sua intervenção, prevalecendo inclusive sobre

⁶⁰⁰ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 75.

⁶⁰¹ TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...* Op. Cit., p. 109 e 111; SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa... Op. Cit., p. 442.

⁶⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. p. 79.

⁶⁰³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

⁶⁰⁴ Uma análise detalhada desse aspecto da noção de interesse público pode ser encontrada na *Première Partie, Titre II, Sous-titre I, Chapitre II* – “L’aspect positif des rapports entre intérêt général et légalité administrative” da obra TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...* Op. Cit., p. 111-141.

outros interesses juridicamente resguardados, *individuais* ou *coletivos*, que venham a colidir com ele. São situações em que o enunciado normativo faz uma remissão de segundo grau à decisão administrativa, eis que a seleção de primeiro grau é operada anteriormente pela lei.⁶⁰⁵ Mas pode se tratar, também, de uma remissão de segundo grau realizada pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer destes à jurisdição.

O recurso ao *interesse público em sentido estrito* como condição necessária para a atuação administrativa ocorre, normalmente, em uma das seguintes situações: (i) para instituir proibições, limitações a direitos ou coações, que sejam impostas unilateralmente pelo Estado (v.g., instituição de tombamento; aplicação de multa mediante atos dotados de autoexecutoriedade); (ii) como pressuposto para concessão de autorizações, que serão denegadas se ofensivas ao interesse geral (v.g., autorização para produção e distribuição de materiais bélicos); (iii) para justificar modificações ou extinções de atos ou relações jurídicas já estabelecidas (v.g., exercício da autotutela; alteração e rescisão unilaterais de contratos administrativos).⁶⁰⁶

As normas constitucionais, legais e regulamentares poderão endereçar ao Poder Público essa tarefa – de apreciar concretamente o que convém ao *interesse público em sentido estrito* – de duas maneiras distintas: (a) *explicitamente*, utilizando o “interesse público como conceito legal” (v.g., “de acordo com o interesse público”, “por motivos

⁶⁰⁵ O autor fornece uma série de exemplos de dispositivos dessa natureza nas leis espanholas: “por ejemplo: art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995: «La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público»; art. 5.2.c) de la misma Ley: son contratos administrativos «los de objeto distinto a los anteriormente expresados... vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública»; art. 60.1 de la misma Ley: «el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de... modificar –los contratos administrativos– por razones de interés público»; art. 37.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, de 1992: «El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores –de acceso a archivos y registros– podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público»; art. 50.1 de la misma Ley: «Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar... la aplicación del procedimiento de la tramitación de urgencia»; art. 75.3 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 1987: «La Administración podrá realizar de oficio o a instancia de los concesionarios o de los usuarios las modificaciones en las condiciones de prestación no previstas en el título concesional y las ampliaciones, reducciones o sustituciones de itinerarios que resulten necesarias o convenientes para una mejor prestación del servicio», etc.”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 73-74.

⁶⁰⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 68-70.

de interesse público”, etc.⁶⁰⁷); (b) *implicitamente*, atribuindo uma competência discricionária ao agente público. Em ambos os casos, o ordenamento impõe ao órgão estatal o dever de interpretar, face à realidade fática, quais situações atendem ao interesse da coletividade (*interesse geral*), fundando sua decisão em critérios jurídicos.⁶⁰⁸ Mas o que peculiariza essas duas modalidades de *interesse público em sentido estrito* não é simplesmente a utilização do termo “interesse público” (ou análogos) pelo enunciado normativo, ou a outorga de uma competência discricionária, e sim a necessidade de que esse interesse público especial esteja presente para permitir a atuação administrativa.

(a) Tratando-se do “interesse público como conceito legal”, o Poder Público, diante de um dado caso, deverá demonstrar que aquela situação fática enquadra-se no motivo legal definido como “interesse público”, desencadeando então as consequências jurídicas definidas pela norma.⁶⁰⁹ A expressão “interesse público” ou alguma de suas similares (“interesse social”, “interesse geral”, “utilidade pública”, “interesse nacional”, etc.⁶¹⁰) é incorporada pela disposição normativa, a qual, ao aplicar-se a uma ocasião específica, alcança um grau de concreção muito mais elevado em razão do contexto reduzido de circunstâncias que poderão explicar a sua utilização.⁶¹¹ Logo, quando se depara com o “interesse público como conceito legal”, o órgão reveste-se do dever-poder de, no episódio concreto, verificar se está presente um fato subsumível à categoria do interesse público, momento em que serão deflagrados os efeitos jurídicos pretendidos pela norma.

Um exemplo disso pode ser retirado do Direito espanhol. Como visto, a Constituição espanhola de 1978 determina em seu art. 103.1 que a Administração deve servir objetivamente aos interesses gerais, com submissão plena à lei e ao Direito. O dispositivo versa sobre o *interesse público em sentido amplo*, isto é, o genérico dever do Estado de atuar conforme o ordenamento jurídico. Mas há, conforme explica Jesús

⁶⁰⁷ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563.

⁶⁰⁸ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76.

⁶⁰⁹ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2217.

⁶¹⁰ TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général*... *Op. Cit.*, p. 277.

⁶¹¹ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 562.

González Pérez, uma outra espécie de interesse público, especial, qualificado, que se estiver presente impõe a sua prevalência sobre outros interesses juridicamente protegidos. É o caso da suspensão jurisdicional da execução de um ato administrativo⁶¹²: se houver razões de interesse público que reclamem a manutenção da execução do ato, esta não poderá ser suspensa e a medida cautelar poderá ser denegada⁶¹³. Cuida-se, aí, de um *interesse público em sentido estrito*, que se estiver presente autoriza a Administração a continuar executando um ato administrativo impugnado, vedando a sua suspensão pelo juiz ou Tribunal.⁶¹⁴

Repise-se, para que não haja dúvidas, que os dois enunciados normativos traduzem exemplos de “interesse público como conceito legal”: no art. 103.1. da Constituição espanhola (“*intereses generales*”) e no art. 130.2 da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, nº29/1998 (“*intereses generales*”). Mas o primeiro representa o *interesse público em sentido amplo* (conformidade com o ordenamento jurídico), como *condição negativa de validade* do ato, ao passo que o segundo se trata de *interesse público em sentido estrito*, como *condição positiva de validade* da ação estatal.

Outro ordenamento jurídico que oferece bons exemplos dessa espécie de *interesse público* é o uruguaio. A Constituição do Uruguai utiliza em uma série de dispositivos constitucionais o “*interés general*” como conceito legal, situando-o como uma *condição positiva de validade* das leis restritivas a direitos e liberdades

⁶¹² Sobre o tema, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Montecorvo, 1986; e, de acordo com a nova lei, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España. In: David Cienfuegos Salgado; Miguel Alejandro López Olvera (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. Derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 301-323.

⁶¹³ ESPANHA. *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), nº 29 de 13 de julho de 1998: “**Art. 130.2.** La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

⁶¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 5, Madrid: Civitas, p. 248-255, abr./jun. 1975. p. 254.

fundamentais do cidadão.⁶¹⁵ O *interesse geral* funciona como um freio ao legislador, na imposição dessas limitações: somente quando aquele estiver presente, estas serão autorizadas.⁶¹⁶ Nesse aspecto, “a noção de interesse geral aparece claramente vinculada com o conceito de razoabilidade”⁶¹⁷, pois a constitucionalidade da medida restritiva deve ser razoável no que diz respeito aos fins a que ela se propõe.

É o que ocorre com o art. 7º, segundo o qual só se pode privar alguém dos direitos à vida, à honra, à liberdade, à segurança, ao trabalho e à propriedade se a medida estiver em conformidade com “as leis que se estabelecem por razões de interesse geral”⁶¹⁸. O mesmo se passa com os artigos 28, 32, 36 e 47⁶¹⁹. Embora não se dirijam à Administração Pública, mas ao Poder Legislativo, essa é também uma hipótese de *interesse público em sentido estrito* (como conceito legal): o legislador deverá identificar, concretamente, quais são as situações em que há um interesse

⁶¹⁵ BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: _____. *Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 265.

⁶¹⁶ MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156.

⁶¹⁷ REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, nº 13, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 177-187, ene./jun. 2008. p. 187.

⁶¹⁸ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967: “**Artículo 7.** Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”.

⁶¹⁹ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967: “**Artículo 28.** Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. (...) **Artículo 32.** La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda. (...) **Artículo 36.** Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes. (...) **Artículo 47.** La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

público (*stricto sensu*) capaz de justificar a limitação de direitos fundamentais albergados na Constituição.

O Direito brasileiro é também recheado de exemplos de “interesse público como conceito legal”. Na Constituição Federal, exige-se a presença desse *interesse público em sentido estrito* para habilitar à Administração competência para promover a desapropriação (art. 5º, XXIV da CF⁶²⁰) e a requisição da propriedade particular no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV da CF⁶²¹). É também essa espécie de interesse público que se localiza na base do art. 173 da Lei Maior⁶²²: a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida em razão de “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, que configuram hipóteses de *interesse geral* (da coletividade considerada em si mesma).

Mencione-se ainda, em sede constitucional, a possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais quando o interesse social assim o exigir (art. 5º, LX da CF⁶²³), e do “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral” nas situações em que o sigilo “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII da CF⁶²⁴). São ilustrações de normas jurídicas que recorrem ao *interesse público (stricto sensu)* como conceito legal, para autorizar a Administração a restringir *interesses específicos (individuais e/ou coletivos)* protegidos pelo ordenamento, em nome do *interesse geral* (da coletividade).

⁶²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXIV** – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

⁶²¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXV** - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁶²² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 170.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

⁶²³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) LX** - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o *interesse social* o exigirem” (*grifei*).

⁶²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXXIII** – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Na esfera infraconstitucional podem ser aludidas, entre tantas outras, as hipóteses de encampação do serviço público concedido, “por motivo de interesse público” (art. 37 da Lei Federal nº 8.987/95⁶²⁵), de rescisão unilateral do contrato administrativo por “razões de interesse público” (art. 78, XII da Lei Federal nº 8.666/93⁶²⁶), de revogação da licitação “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado” (art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93)⁶²⁷, de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por motivos de “excepcional interesse social” (art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99⁶²⁸), de convalidação dos atos administrativos, que é vedada se for suscetível a acarretar “lesão ao interesse público” (art. 53 da Lei Federal nº 9.784/99⁶²⁹), etc.

(b) Uma segunda forma de remissão feita pelo legislador à Administração Pública para que esta identifique, no mundo dos fatos, quais situações configuram um *interesse público em sentido estrito*, é a modalidade implícita, que ocorre através da atribuição de uma competência discricionária. São as ocasiões em que, muito embora a lei não lance mão do termo “interesse público”, este constitui, tacitamente, um

⁶²⁵ Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/95): “**Art. 37.** Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

⁶²⁶ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) **XII** - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

⁶²⁷ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

⁶²⁸ Lei Federal nº 9.868/99: “**Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁶²⁹ Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99): “**Art. 55.** Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

pressuposto necessário para permitir o exercício de determinada prerrogativa pela Administração.⁶³⁰

Note-se, pois, que não se está afirmando que toda e qualquer outorga legal de competência discricionária configura modalidade de *interesse público em sentido estrito*. É certo que todo ato praticado no exercício de competência discricionária, por fundar-se em critérios de conveniência e oportunidade, deve atender ao *interesse público em sentido amplo*, conformando-se ao ordenamento jurídico e cumprindo a específica finalidade que deve ser atingida com a sua expedição, por exigência legal. Mas há situações peculiares em que a norma, sem utilizar a expressão “interesse público” ou suas sinonímias, determina implicitamente que a Administração exerça juízos de apreciação discricionária, para verificar o que convém ou não ao interesse público, como *pressuposto positivo de validade do ato*: se no caso concreto a medida for conveniente ao interesse público, o ato poderá ser praticado⁶³¹. Está-se aí em face do *interesse público em sentido estrito*.

Essa espécie pode ser encontrada com maior frequência no exercício do poder de polícia, nos casos de competência discricionária. Como se sabe, a polícia administrativa pode ser exercitada de forma vinculada ou discricionária. Na primeira modalidade, situam-se as atividades cujo exercício depende de uma *licença*: basta que o requerente demonstre que preencheu todos os requisitos exigidos pela lei para que a Administração tenha o dever de concedê-la (v.g., licença para construir). É suficiente, portanto, o cumprimento do *interesse público em sentido amplo* (conformidade com o sistema normativo). Na segunda, enquadram-se os atos que se sujeitam à concessão de uma *autorização*: mesmo que preenchidas as exigências legais mínimas, a Administração deverá apreciar, conforme as peculiaridades do caso concreto, se é conveniente ao interesse público que se defira o pedido. É o que acontece, v.g., com as autorizações para produção ou distribuição de explosivos e para porte de armas.⁶³²

⁶³⁰ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 70.

⁶³¹ SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*: Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. p. 139.

⁶³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. *Op. Cit.*, p. 119-120.

Faz-se necessária a presença do *interesse público em sentido estrito*, especial, qualificado, para que o Poder Público consinta o exercício da atividade.

Caberia aqui discutir se há diferença entre essas duas formas de exigência de um *interesse público em sentido estrito*: (a) *explícita*, mediante o “interesse público como conceito legal”, e (b) *implícita*, através da competência discricionária. É o antigo debate sobre a possibilidade de distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Parcela da doutrina faz essa separação, alegando que, no primeiro caso, o conceito indeterminado é definido legalmente como algo que corresponde a um único resultado possível, a ser verificado pelo Poder Público no mundo dos fatos, enquanto que a discricionariedade se verifica quando há uma pluralidade de soluções juridicamente possíveis, dentre as quais a Administração pode escolher livremente.⁶³³ Outra corrente nega a diferenciação, afirmando tratar-se do mesmo fenômeno, no qual a lei confere uma margem de atuação ao agente para que identifique em cada ocasião, dentro dos limites do razoável, se os fatos correspondem à previsão normativa, ativando a produção de seus efeitos jurídicos.⁶³⁴

No Direito brasileiro, a melhor resposta a essa querela parece ser a de Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o jurista, em casos de discricionariedade (nos quais o autor inclui os conceitos jurídicos fluidos, negando, portanto, a distinção), a lei impõe ao administrador o dever jurídico de adotar a única solução “*que atenda com absoluta perfeição a finalidade da lei*”, não lhe cabendo optar pela prática de um ato qualquer que seja comportado pela norma. Mesmo que haja mais de uma opção possível, o administrador deve escolher a solução ótima, sob pena de descumprir a finalidade legal.⁶³⁵ Concordando com essa posição, Emerson Gabardo fundamenta tal inteligência no princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput* da CF): por decorrência imperativa desse comando, o ordenamento jurídico obriga a

⁶³³ Nesse sentido: BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. *Op. Cit.*, p. 266; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 72.

⁶³⁴ SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica...* *Op. Cit.*, p. 141; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-28.

⁶³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 32-36 (grifos no original).

Administração a acolher a melhor opção dentre as várias existentes, ainda que as demais sejam igualmente razoáveis para cumprir a norma.⁶³⁶

Diante desse entendimento, que sob a ótica do sistema jurídico pátrio parece ser irrefutável, torna-se juridicamente irrelevante diferenciar os conceitos legais indeterminados e a discricionariedade administrativa, já que em ambas as situações o administrador só poderá agir em conformidade com a melhor solução para o caso concreto, independentemente da existência de alternativas igualmente razoáveis; do contrário, será inválida a sua atuação.

Afora tais considerações, calha apontar um requisito essencial que deve ser preenchido para habilitar o Poder Público a lançar mão do conceito de *interesse público em sentido estrito*: a motivação dos atos administrativos que o tiverem como fundamento. Por não se tratar de um genérico interesse público (*lato sensu*), compreendido como respeito ao ordenamento jurídico, mas sim de um interesse determinado, especial e titularizado pela coletividade, que justifica, no caso concreto, a sua prevalência sobre outros interesses albergados pelo Direito positivo (*individuais e coletivos*), os órgãos públicos não o podem invocar abstratamente. É imprescindível que haja uma motivação expressa, que indique claramente os fundamentos que conduziram o ente a praticar o ato, demonstrando que as circunstâncias existentes na realidade fática correspondem efetivamente ao interesse da coletividade.

Seja no emprego do “interesse público como conceito legal”, seja na instituição de uma competência discricionária, quando a norma jurídica utiliza o *interesse público em sentido estrito* (condição positiva de validade do ato administrativo) ela não está autorizando os agentes públicos a agirem de acordo com aquilo que “seu bem querer ou sua imaginação possam sugerir-lhes”⁶³⁷. Tais disposições emprestam ao Poder Público prerrogativas que lhe possibilitam satisfazer o *interesse geral*, da coletividade, ainda que para isso seja necessário fazê-lo preponderar, no caso concreto, sobre outros interesses juridicamente tutelados. Em razão disso, impõe-se o dever de motivação dos

⁶³⁶ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 130-135.

⁶³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 72.

atos administrativos dessa natureza, com a exposição detalhada das razões fáticas que justificaram a prática desses atos.

É a lição de Eduardo García de Enterría, segundo a qual, nos casos em que a norma jurídica superpõe uma causa específica de interesse público (aqui chamada de *interesse público em sentido estrito*) sobre a genérica que deriva do art. 103.1. da Constituição espanhola (ora denominada *interesse público em sentido amplo*), recai sobre a Administração o ônus de “alegar, provar e motivar em cada caso a concorrência dessa específica causa do interesse público legitimador, sem que seja suficiente invocar sua posição geral de gestor ordinário desse interesse”⁶³⁸.

No Direito brasileiro, o dever de motivação pode ser deduzido, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, do princípio constitucional da publicidade administrativa, previsto no art. 37, *caput* da CF⁶³⁹. Demais disso, há uma determinação legal que compele expressamente a Administração Pública a motivar os seus atos quando estes negarem, limitarem ou afetarem direitos ou interesses. É o art. 50, I da Lei Federal nº 9.784/99.⁶⁴⁰ Como o manejo do conceito de *interesse público em sentido estrito* sempre acabará por negar, limitar ou afetar direitos ou interesses, conclui-se que, na República Federativa do Brasil, sempre que a Administração Pública fundamentar um ato nessa categoria, quando esta se apresentar como um *requisito positivo de validade* da sua atuação, será exigível a apresentação racional dos motivos fáticos e jurídicos que renderam ensejo à prática do ato, sob pena de nulidade.

Uma relevante consequência jurídica dessa afirmação está na possibilidade de ulterior controle jurisdicional dos atos administrativos dessa natureza. Se incumbe ao agente motivar os seus atos expedidos com fulcro no *interesse público (stricto sensu)*, demonstrando com clareza que os fatos narrados correspondem a esse conceito jurídico, o Poder Judiciário poderá, posteriormente, analisar a correção da decisão administrativa, verificando se aquelas circunstâncias fáticas efetivamente correspondem às exigências do sistema normativo. Trata-se, em última análise, de uma

⁶³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem*, p. 73-74.

⁶³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 212.

⁶⁴⁰ Lei Federal nº 9.784/99: “**Art. 50.** Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: **I** - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

aferição da juridicidade do ato, operada pelos órgãos jurisdicionais. É a posição sustentada, entre outros, por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, José Luis Meilán Gil, Eduardo García de Enterría, Alejandro Nieto, Fernando Sáinz Moreno, José Manuel Rodríguez Muñoz, Marta Franch i Saguer e Alice Gonzalez Borges⁶⁴¹.

Por se tratar de uma categoria jurídica com contornos vagos e fluidos, o que auxiliará os órgãos jurisdicionais a avaliar se o Poder Público pautou a sua atuação em um efetivo interesse público é o seu *núcleo de certeza positiva*. É que, conforme se desenvolverá em tópico específico⁶⁴², os conceitos jurídicos indeterminados, por mais imprecisos que possam parecer, possuem um núcleo de certeza positiva, em que se localizam as situações fáticas que incontestavelmente correspondem àquele conceito, um extenso halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, na qual se situam as hipóteses que sem dúvida alguma não se enquadram no conceito.⁶⁴³

O processo de identificação, no mundo dos fatos, das situações que se encaixam na noção de interesse público nada mais é do que um problema de interpretação jurídica.⁶⁴⁴ E essa interpretação deve ser iluminada pelo brilho do núcleo desse conceito.⁶⁴⁵ No caso do interesse público, essa zona de certeza positiva é composta

⁶⁴¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 113; MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 184; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* *Op. Cit.*, p. 246; NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2252; SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76-77; MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general... *Op. Cit.*, p. 563; SAGUER, Marta Franch i. El interés público... *Cit.*, p. 406; BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 110.

⁶⁴² Parte II, Capítulo 4, item 4.1., subitem “4.1.1. Vagueza das expressões e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados”.

⁶⁴³ Nesse influxo: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2006. p. 31-32; SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 82; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdiccional...* *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁴⁴ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76-77.

⁶⁴⁵ SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...* *Op. Cit.*, p. 197.

pelos valores plasmados no Preâmbulo da Constituição⁶⁴⁶, bem como pelos seus princípios e objetivos fundamentais,⁶⁴⁷ que na Lei Maior brasileira de 1988 estão arrolados no Título I (arts. 1º a 4º da CF⁶⁴⁸). Ademais, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, em qualquer Estado Democrático de Direito, constituirão aquilo que José Luis Meilán Gil chamou de “núcleo irredutível dos interesses gerais”⁶⁴⁹, uma vez que embora o conteúdo do conceito de interesse público possa variar diante da dinamicidade social e da alternância no poder, os direitos fundamentais da pessoa constituem a sua parte permanente⁶⁵⁰.

A temática relativa à vinculação entre os direitos fundamentais e a noção de interesse público será explorada posteriormente.⁶⁵¹ O que releva por ora destacar é que, apesar da indeterminação do conceito de interesse público, ele pode ser determinado no caso concreto pelo Poder Público, e para identificá-lo o agente deverá

⁶⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Preâmbulo:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁶⁴⁷ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 255.

⁶⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **I** - a soberania; **II** - a cidadania; **III** - a dignidade da pessoa humana; **IV** - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; **V** - o pluralismo político. **Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. **Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária; **II** - garantir o desenvolvimento nacional; **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: **I** - independência nacional; **II** - prevalência dos direitos humanos; **III** - autodeterminação dos povos; **IV** - não-intervenção; **V** - igualdade entre os Estados; **VI** - defesa da paz; **VII** - solução pacífica dos conflitos; **VIII** - repúdio ao terrorismo e ao racismo; **IX** - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; **X** - concessão de asilo político. **Parágrafo único.** A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

⁶⁴⁹ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 180 e 196.

⁶⁵⁰ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... *Op. Cit.*, p. 102.

⁶⁵¹ Parte II, Capítulo 5, item 5.2., subitem “5.2.1. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais como núcleo do interesse público”.

interpretar as circunstâncias fáticas à luz dos elementos acima referidos, que se acomodam no núcleo de certeza positiva dessa categoria jurídica.

Diante do exposto, de maneira abreviada, pode-se atestar que o *interesse público em sentido estrito*:

(a) diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo;

(b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i) *explicitamente*, quando se tratar de “interesse público como conceito legal” (utilização da expressão “interesse público” ou análogas pelo enunciado normativo); (ii) *implicitamente*, mediante a atribuição de uma competência discricionária;

(c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público;

(d) funciona como uma *condição positiva de validade* da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.

A maneira pela qual esse *interesse público em sentido estrito* prepondera sobre os *interesses específicos (individuais e coletivos)*, será apresentada no item 2.3., subitem 2.3.2.

2.3. Supremacia do interesse público e suas distintas manifestações

Uma vez sedimentados os dois primeiros pressupostos básicos de compreensão do princípio constitucional da supremacia do interesse público – conceito de *princípio* e noção de *interesse público* – importa esclarecer o conteúdo jurídico da norma em

apreço, isto é, de que maneira, em que medida e em quais hipóteses o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado.

É neste aspecto que reside o âmago de toda a questão, pois a expressão “supremacia do interesse público sobre o privado” pode gerar uma série de enganos sobre o seu significado. Faz-se imperioso precisar o seu exato sentido, para evitar confusões no instante da sua aplicação. Para isso, será necessário recorrer às especificações anteriormente alinhavadas (itens 2.1. e 2.2.), articulando-as de modo a aclarar qual *interesse público* deve se sobrepor a qual *interesse privado*, e as condições impostas pela ordem jurídica para que isso ocorra.

As colisões de interesses capazes de ser resolvidas pela aplicação do princípio em epígrafe podem ser de duas ordens: (i) entre um interesse juridicamente resguardado e outro não tutelado pelo Direito positivo; (ii) entre dois interesses albergados pelo sistema normativo, sendo um deles atinente à coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*) e outro relativo a interesses de indivíduos ou grupos determinados (*interesses específicos*). A supremacia de um interesse sobre outro se dará distintamente, conforme cada uma dessas situações.

Assim, a explanação deve ser realizada em três momentos: primeiramente, é preciso explicitar a forma como o *interesse público em sentido amplo* (*interesses juridicamente protegidos*) prevalece sobre o interesse privado (2.3.1.); em seguida, será apresentado o modo como o *interesse público em sentido estrito* (*interesse geral*) deve preponderar sobre *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*), quando ambos estiverem tutelados pelo ordenamento jurídico e, eventualmente, colidirem (2.3.2.). Essa última dimensão, que compõe a faceta mais peculiar do princípio em tela, está submetida a algumas exigências especiais, cuja observância é imperativa, sob pena de ofensa ao sistema normativo. Dada a sua relevância para a adequada compreensão do princípio, tais requisitos serão apreciados num terceiro momento (2.3.3.).

2.3.1. Supremacia do interesse público em sentido amplo (interesses juridicamente protegidos) sobre o interesse privado (interesses não tutelados)

A primeira hipótese de conflito de interesses passível de ser solucionada pela aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público é aquela em que um interesse juridicamente protegido se choca com um interesse não assegurado pelo Direito positivo. Trata-se, aí, de uma colisão entre o *interesse público em sentido amplo* e um *interesse privado*.

Como se viu,⁶⁵² a noção ampla de interesse público engloba todos os interesses garantidos pelo sistema normativo. Deriva da ideia de que, se o interesse público é aquele resultante do conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade, ele deve ser encontrado no ordenamento jurídico, já que esse é produto do espaço de deliberação democrática, por meio do qual os representantes populares expressam a vontade do corpo social. Nessa medida, afirmar a supremacia do interesse público significará sustentar a primazia dos interesses albergados pelo Direito, uma vez que, conforme pontua Luciano Parejo Alfonso, “a supremacia do interesse geral ou público sobre o interesse privado ou particular (...) deriva do Estado de Direito e, mais concretamente, da sujeição de todos os cidadãos à Constituição e ao ordenamento jurídico”.⁶⁵³

Sob essa perspectiva (sentido amplo), o interesse público engloba tanto os *direitos subjetivos* quanto os *interesses legítimos*, sejam de natureza *individual*, *coletiva* ou *difusa*. Abrange os interesses dos indivíduos, protegidos na forma de *direitos subjetivos*, tanto quanto os interesses da coletividade considerada em si mesma (*interesse geral*).

Tal modalidade de interesse público (*lato sensu*) pode se contrapor aos *interesses puros e simples* dos cidadãos, que configuram expressão subjetiva da sua vontade mas não encontram proteção jurídica, e aos *interesses ilícitos*, cuja perseguição é proibida pelo ordenamento. Essas duas espécies de interesses – *puros e simples* e *ilícitos* – compõem o chamado *interesse privado*.

Os interesses individuais que são capazes de ser identificados no *interesse público em sentido amplo* – *direitos subjetivos* e *interesses legítimos* – diferem-se dos

⁶⁵² Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.2. Interesse público em sentido amplo”.

⁶⁵³ ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003. p. 773.

interesses individuais que formam parte do *interesse privado* – *interesses puros e simples* e *interesses ilícitos* – no sentido de que, em relação aos primeiros, “cada indivíduo os concebe como uma pretensão querida em sua condição de componente de um grupo social determinado, e em que são coincidentes”⁶⁵⁴. Enquanto aqueles são compartilhados objetivamente por toda a sociedade, estes últimos pertencem exclusivamente aos indivíduos que subjetivamente os titularizam.

Frente a essa diferenciação, nos casos de colisão dessa natureza o princípio constitucional da supremacia do interesse público incidirá de forma absoluta, determinando que o *interesse público em sentido amplo* deverá prevalecer sobre o *interesse privado*. Em outras palavras, os *interesses juridicamente protegidos* ostentarão supremacia sobre os *interesses não tutelados pelo sistema normativo*.

Se considerada a primeira concepção de *princípio* apresentada no tópico correspondente⁶⁵⁵, que o compreende como *mandamento nuclear de um sistema*⁶⁵⁶, o comando jurídico em questão deve ser classificado exatamente como uma espécie normativa principiológica, visto que o critério ali utilizado para distinguir *princípios* e *regras* é o *grau de fundamentalidade* da norma. Essa disposição, que impõe a supremacia dos interesses albergados no Direito positivo, desfruta sem dúvida de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, dada a sua proximidade com os princípios da juridicidade administrativa e do Estado de Direito.

Por sua vez, se for acolhida a formulação que define *princípios* como *mandamentos de otimização*⁶⁵⁷, diferenciando-os das regras com base no seu modo de aplicação (critério da *estrutura lógico-normativa*), aí, como já se mencionou⁶⁵⁸, a norma da supremacia do interesse público – na vertente em foco (2.3.1.) – deve ser caracterizada como uma *regra*. Isso porque essa dimensão da norma ora apreciada impõe uma razão *definitiva* para decidir, e não uma ordem *prima facie*. Ela não pode

⁶⁵⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 250.

⁶⁵⁵ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como ‘mandamento nuclear’ do sistema jurídico-administrativo”.

⁶⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais... *Op. Cit.*, p. 284.

⁶⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* *Op. Cit.*, p. 70-71.

⁶⁵⁸ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.3. Princípio como mandamento de otimização e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público”.

ser ponderada frente a razões opostas e independe das condições fáticas e jurídicas existentes. Os interesses protegidos pelo Direito necessariamente irão preponderar sobre aqueles não amparados.

Sob esse prisma, não há maiores dificuldades de se aceitar o princípio que constitui objeto deste estudo. Tratando-se de um conflito entre um interesse protegido pelo Direito (*direito subjetivo* ou *interesse legítimo*) e outro não agasalhado (*interesse puro e simples* ou *interesse ilícito*), aquele deverá prevalecer, sem que o titular deste possa vetá-lo.⁶⁵⁹ O cidadão que tem o interesse de não ter sua propriedade afetada por uma servidão administrativa tem apenas um *interesse puro e simples*, indiferente ao ordenamento jurídico. O *interesse legítimo* de instituir a servidão pode afastá-lo. Do mesmo modo, o *interesse puro e simples* de um membro de determinada Comissão de Licitação de que um conhecido seu vença o certame deverá, obrigatoriamente, ceder passo ao *interesse legítimo* à impessoalidade no processo licitatório (ou, sob outro ângulo, ao *direito subjetivo* dos demais licitantes à legalidade da licitação).

O interesse econômico das empresas concessionárias de telefonia móvel de instituir uma política tarifária elevadíssima (*interesse puro e simples*) não poderá prevalecer sobre o *direito subjetivo coletivo* dos usuários à modicidade das tarifas, protegido pelo art. 6º, §1º da Lei Federal nº 8.987/95.⁶⁶⁰ No caso da desapropriação, a propriedade é um *direito subjetivo* do cidadão, e a sua expropriação é um *interesse legítimo*, que deverá ser fundamentado e motivado. O seu *interesse puro e simples* de manter a sua propriedade será afastado, sem nunca prejudicar o seu *direito subjetivo*: esse mantém-se íntegro mediante o pagamento da justa indenização. No caso das desapropriações com caráter sancionatório, como no caso de imóveis onde se cultivam

⁶⁵⁹ OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt... *Op. Cit.*, p. 37.

⁶⁶⁰ Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/95): “**Art. 6º.** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. **§ 1º.** Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

plantas psicotrópicas, por exemplo⁶⁶¹, o *interesse legítimo* de promovê-las sobrepõe-se ao *interesse ilícito* de continuar utilizando o imóvel indevidamente.

A República de Costa Rica prevê expressamente a supremacia do interesse público como norma jurídica, na perspectiva ora apresentada, ao definir em sua *Ley General de Administración Pública*, no art. 113, que:

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan *primordialmente el interés público*, el cual será considerado como la *expresión de los intereses individuales coincidentes* de los administrados.
2. El *interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública* cuando pueda estar en conflicto.
3. En la apreciación del *interés público se tendrá en cuenta*, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y *justicia para la comunidad y el individuo*, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.⁶⁶²

No Direito Administrativo costarricense, o princípio é denominado de “aderência ao fim público”⁶⁶³, e, segundo Enrique Rojas Franco, encontra seu embasamento normativo numa combinação do aludido artigo 113 com os artigos 10, 12 e 131 da mesma lei.

Observe-se que o número 1 do art. 113 reafirma as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: o interesse público deve ostentar primazia no exercício da função administrativa, e seu conteúdo se revela como a expressão dos interesses individuais coincidentes, é dizer, dos indivíduos enquanto parte do corpo social. Estes, seguramente, devem ser aqueles positivados no ordenamento jurídico, mediante o exercício da soberania popular. A ideia é reforçada no número 3, quando afirma que a apreciação do interesse público demanda, antes de tudo, a consideração do valor de justiça para a comunidade e para o indivíduo, não podendo preponderar a mera conveniência particular. Por sua vez, o número 2 confirma a assertiva do autor

⁶⁶¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 243.** As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

⁶⁶² Extraído de FRANCO, José Enrique Rojas. Presentación de la obra jurídica del doctor Álvaro Mora Espinoza. In: Álvaro Enrique Mora Espinoza. *El deber de hacer de la Administración* (supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional). San José: IJSA, 2009. p. 18 (*grifei*).

⁶⁶³ FRANCO, José Enrique Rojas. *Derecho Administrativo de Costa Rica*. México: Porrúa, 2006. p. 3.

segundo a qual, no conflito entre o *interesse primário* (da sociedade) e o *secundário* (da entidade estatal), deve-se emprestar supremacia ao primeiro.⁶⁶⁴

A grande contribuição dessa faceta do princípio constitucional da supremacia do interesse público está em demonstrar que o Estado, durante a sua atuação, não poderá deixar o *interesse primário* (conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade, plasmado no Direito positivo) perecer, devendo fazê-lo preponderar sobre os *interesses secundários*, que são aqueles exclusivamente privados. Esses *interesses secundários*, que deverão ceder passo ao *interesse primário*, abrangem: (i) os interesses da pessoa jurídica estatal, quando contrários aos da coletividade; (ii) os interesses pessoais do agente público, quando divergentes daqueles agasalhados pelo sistema normativo; (iii) os interesses do indivíduo singularmente considerado ou de grupos específicos, quando contrários ao ordenamento jurídico.

Seria possível que, em face da explicação ora oferecida, alguém indagasse a razão pela qual se continua a chamar essa norma de *princípio* se, de acordo com o critério da *estrutura lógico-normativa* (adotado por Dworkin e Alexy)⁶⁶⁵, ela seria uma *regra*. A resposta é simples: esse não é o único critério para diferenciar essas espécies normativas. Para a compreensão que as distingue com fulcro no seu *grau de fundamentalidade*, ela continua sendo um *princípio*. Como enfatiza Bandeira de Mello, “é possível que algo seja qualificado como princípio, de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes mencionados autores [Dworkin e Alexy]”⁶⁶⁶. E é com apoio nessa segunda concepção, de princípio como *mandamento nuclear de um sistema*⁶⁶⁷, que se propagou a norma da supremacia do interesse público, de modo que a substituição da expressão (*princípio* por *regra*)

⁶⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 69.

⁶⁶⁵ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.3. Princípio como mandamento de otimização e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público”.

⁶⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 53-54, nota de rodapé nº 34.

⁶⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Criação de Secretarias Municipais...* *Op. Cit.*, p. 284. Ver Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como ‘mandamento nuclear’ do sistema jurídico-administrativo”.

apenas nesses casos em que a norma incide de maneira definitiva só traria maiores confusões.

Convém ainda consignar que, de acordo com esse prisma (supremacia dos interesses juridicamente protegidos sobre os não tutelados), ainda faria sentido continuar denominando essa norma de “supremacia do interesse público *sobre o privado*”. Sucede que, em razão da outra faceta que ela pode apresentar – nos casos em que o conflito ocorrer entre dois interesses juridicamente resguardados (um *interesse geral* e um *interesse específico individual* ou *coletivo*) – parece mais adequado rotulá-lo simplesmente de “princípio constitucional da supremacia do interesse público”. As razões serão expostas a seguir.

2.3.2. *Prevalência do interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos)*

O segundo embate entre interesses que reclama a incidência do princípio constitucional da supremacia do interesse público é aquele em que um interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*) contrasta com outro interesse igualmente agasalhado pela ordem jurídica, mas titularizado por um indivíduo (*interesse individual*) ou por um grupo determinado (*interesse coletivo*). Em tais ocasiões, há que se falar em uma prevalência do *interesse público em sentido estrito (interesse geral)* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)*.

Aquilo que, neste trabalho, convencionou-se nomear de *interesse público em sentido estrito*, consiste no interesse titularizado pela sociedade, vale dizer, por todos os indivíduos indistintamente. A identificação desse interesse compete aos órgãos e agentes públicos, nas hipóteses em que uma norma jurídica (constitucional, legal ou regulamentar) lhes conferir essa incumbência, seja na forma de “interesse público como conceito legal”, seja por meio da atribuição de uma competência discricionária.⁶⁶⁸ Em tais situações, será preciso que, no caso concreto, o Poder Público se depare com a existência de um interesse público especial, qualificado, que

⁶⁶⁸ Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

justificará o manejo de uma prerrogativa de autoridade para fazer predominar o *interesse geral* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* que, embora resguardados pelo sistema normativo, deverão ceder passo ao primeiro. A existência desse interesse público reforçado na realidade fática constituirá uma *condição positiva de validade* da ação estatal, de molde que a sua ausência acarretará nulidade do ato, sujeitando-o ao controle jurisdicional.

Diferentemente da outra dimensão da norma sob análise (2.3.1.), essa faceta não incidirá de maneira absoluta, pois ela não fará o *interesse geral* prevalecer sobre os *interesses individuais e coletivos* juridicamente protegidos em todas as vezes que esse choque acontecer. Ela dependerá das circunstâncias do caso concreto, uma vez que ambos os interesses em jogo encontram respaldo normativo. E mais: ela não implicará o aniquilamento dos *interesses individuais ou coletivos* que tiverem cedido passo ao *interesse geral*, mas tão somente a sua restrição ou afastamento naquela determinada ocasião.

Levando em conta o conceito de *princípio* como *mandamento nuclear de um sistema*⁶⁶⁹, que emprega o critério do *grau de fundamentalidade* da norma para estremar os *princípios* das *regras*, sob o aspecto ora enfocado – prevalência do *interesse geral* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* – a supremacia do interesse público também se revela como um *princípio*. Isso porque ela consiste em uma das normas-base que, ao lado do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, alicerça todo o regime jurídico-administrativo. Trata-se de um mandamento que peculiariza o Direito Administrativo frente aos demais ramos jurídicos, já que é em virtude dele que o sistema normativo está autorizado a outorgar privilégios e prerrogativas ao Poder Público, que não encontram equivalentes no Direito Privado. Da mesma forma, o outro princípio que fundamenta essa disciplina jurídica – indisponibilidade dos interesses públicos – tem o condão de caracterizá-la, pois institui ao Estado sujeições especiais que o Direito Privado não faz pesar sobre os

⁶⁶⁹ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como ‘mandamento nuclear’ do sistema jurídico-administrativo”.

particulares.⁶⁷⁰ Ambos são, portanto, normas *fundamentais* do sistema, situadas em seu núcleo, o que as torna, consoante esse critério, *normas-princípio*.

Se, por outro lado, o critério escolhido para distinguir os *princípios* das *regras* for o da *estrutura lógico-normativa*,⁶⁷¹ a supremacia do interesse público será, na perspectiva sob exame, um *princípio*. O seu conteúdo jurídico faz irradiar uma razão *prima facie* para decidir, e não um comando definitivo. Cuida-se de um *mandamento de otimização*, pois determina que o *interesse público em sentido estrito* (*interesse geral*) seja realizado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes⁶⁷². No caso concreto, poderá haver razões de fato ou de direito que conduzam à prevalência de outros interesses igualmente resguardados pelo Direito positivo, de natureza *individual* ou *coletiva*. A técnica da ponderação e o recurso à proporcionalidade deverão auxiliar no deslinde da questão.

Assim, como afirma Alejandro Nieto, “haverá casos certamente em que se declare a prevalência do interesse geral; mas não mais como aplicação automática de um dogma, e sim como resultado de uma ponderação concreta que deve ser argumentada em cada caso”. Nesse sentido, “*quando os interesses gerais se consideram imanentes, a submissão dos interesses particulares a eles é só «em princípio»*”, apresentando-se “*como uma presunção que pode ser destruída em casos concretos como resultado da ponderação que tenham realizado a posteriori os Tribunais*”⁶⁷³.

Por isso é que um dos pontos-chave de toda essa problemática está na concepção de *interesse público* adotada. Os interesses individuais e coletivos *podem ser* imanentes ao interesse público *ou não*. Eles podem fazer parte do interesse público ou do interesse privado. Nas situações em que eles compuserem o interesse privado (*interesses puros e simples* e *interesses ilícitos*), a supremacia do interesse público será absoluta (2.3.1.). Quando, ao contrário, eles integrarem o interesse público (sempre

⁶⁷⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 42; BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984. p. 169.

⁶⁷¹ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.3. Princípio como mandamento de otimização e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público”.

⁶⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 70-71.

⁶⁷³ NIETO, Alejandro. *La Administración sirve... Op. Cit.*, p. 2209 (*grifos no original*).

que forem juridicamente tutelados como *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*), a prevalência do *interesse geral* será relativa, dependendo do caso concreto (2.3.2.).

Alguns exemplos podem aclarar a forma de aplicação dessa vertente do princípio constitucional da supremacia do interesse público, que impõe uma ordem *prima facie* de decidir, determinando que o *interesse geral* seja realizado em sua máxima medida, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas presentes na situação.

A prerrogativa da Administração Pública de realizar uma desapropriação por utilidade pública é prevista pela Constituição em seu art. 5º, XXIV⁶⁷⁴, e pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41⁶⁷⁵. Com fulcro nessa competência legalmente instituída, o Poder Público recebe do sistema normativo uma autorização jurídica para identificar, no caso concreto, quais situações configuram *interesse público em sentido estrito* (“utilidade pública”), isto é, um interesse da coletividade (*interesse geral*) que justifique a sua prevalência sobre os *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*) que com ele se contraponham, permitindo-o excluir do particular o seu direito de propriedade, mediante o pagamento de justa indenização.

Portanto, em face de uma situação dessa natureza, em que o interesse da coletividade exija a desapropriação, a Administração, obedecendo à ordem *prima facie* que lhe estabelece o dever de realizar o *interesse geral* em sua máxima medida, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, garantirá a primazia desse sobre os interesses *individuais* ou *coletivos* dos proprietários. Ocorre que as circunstâncias do caso concreto podem inverter essa relação de prevalência. Uma ilustração disso é o aresto *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, julgado pelo Conselho de Estado francês.

Na oportunidade, o *Conseil d'État* examinou uma ocasião na qual, conquanto existisse uma utilidade pública que justificasse a desapropriação (interesse de circulação pública), a sua realização ensejaria demasiados transtornos ao único

⁶⁷⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXIV** - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

⁶⁷⁵ Decreto-Lei nº 3.365/41: “**Art. 2º.** Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

hospital psiquiátrico da região, situado na área que sofreria a expropriação⁶⁷⁶. Ainda que o *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada, reclamasse a desapropriação, na ponderação com o *interesse coletivo* dos pacientes do hospital este último predominou, culminando na anulação do ato expropriatório. Note-se que ambos os interesses encontravam-se agasalhados no ordenamento jurídico (e, por isso, configuravam *interesse público em sentido amplo*), fato que justificou a ponderação entre eles e a determinação, no caso concreto, da primazia do segundo.

Outra situação que pode ser citada diz respeito à proteção do meio-ambiente. A Constituição brasileira de 1988 prevê em seu art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O dispositivo alberga um *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada. Do princípio constitucional da supremacia do interesse público decorre o dever *prima facie*, dirigido ao Estado, de proteger esse *interesse público em sentido estrito* na maior medida possível, através de mecanismos que assegurem a sua preponderância sobre *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*), também protegidos pelo Direito, que possam constituir algum óbice à sua máxima satisfação.

Com supedâneo nesse dispositivo constitucional, o Poder Público encontra-se autorizado a instituir proibições aos particulares com vistas à preservação do meio-ambiente, podendo inclusive restringir alguns de seus direitos fundamentais, vedando-lhes certas faculdades inerentes ao direito de propriedade⁶⁷⁷ e a exploração de determinadas atividades em princípio protegidas pelo direito à livre iniciativa⁶⁷⁸, que

⁶⁷⁶ FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, le 20 octobre 1972. A respeito do julgado, ver TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État... Op. Cit.*, p. 131.

⁶⁷⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **XXII** - é garantido o direito de propriedade”.

⁶⁷⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) **IV** - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”.

sejam suscetíveis de provocar danos ambientais. O *interesse geral* de proteção ao meio-ambiente, para que seja realizado na maior medida possível, prevalecerá *prima facie* sobre os *interesses individuais* (resguardados sob a forma de *direitos subjetivos* pela Constituição) de alguns proprietários de imóveis (v.g., quando estiverem situados em áreas de reserva ambiental).

As circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, contudo, poderão exigir solução diversa. A ocupação de um terreno localizado em uma área de manancial por um grupo de famílias sem-terra seria um bom exemplo: de um lado, há o *interesse geral*, difuso, de preservação do meio-ambiente, que proíbe a utilização da área; de outro, há o *interesse coletivo* das famílias assentadas, que se encontra agasalhado constitucionalmente no art. 6º como *direito subjetivo* (direito fundamental à moradia)⁶⁷⁹. As peculiaridades existentes na realidade fática poderão levar à decisão de assegurar a manutenção das famílias, ainda que temporariamente, sob pena de grave violação à dignidade humana de seus membros. O *interesse coletivo* do grupo assentado, bem como os *interesses individuais* de cada uma das pessoas que ali estiverem habitando, irá predominar sobre o *interesse geral*, por ostentarem, igualmente, proteção constitucional.

Poder-se-ia afirmar, eventualmente, que com esse perfil – sujeito à ponderação em face de interesses contrários – o princípio constitucional em debate teria pouca utilidade, pois poderia ser afastado em diversas ocasiões. Tal asserção seria descabida, por pelo menos dois motivos. O primeiro deles é que todos os demais *princípios jurídicos*, quando concebidos como *mandamentos de otimização* (Alexy)⁶⁸⁰, gozam dessa mesma característica. É justamente ela que os caracteriza como *princípios*, segundo essa concepção. O segundo repousa sobre o fato, já fartamente explicitado, de que o princípio vertente é necessário para imprimir legitimidade jurídica aos dispositivos normativos que conferem privilégios e prerrogativas à Administração Pública, que são instrumentais à consecução do interesse público. O princípio, nesse

⁶⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁶⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 70-71.

passo, empresta conformidade constitucional a esses poderes especiais. O assunto já foi largamente explorado anteriormente.⁶⁸¹

O aspecto do princípio em comento investigado neste subitem (2.3.2.) – prevalência do *interesse público em sentido estrito (interesse geral)* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* – implica a necessidade de se modificar, sensivelmente, a terminologia empregada na sua formulação. É que, como visto, o princípio não determina apenas a supremacia do interesse público *sobre o interesse privado*. Isso realmente acontecerá na outra perspectiva analisada (2.3.1.), em que a norma estabelece a preponderância absoluta do *interesse público em sentido amplo* (interesses juridicamente assegurados) sobre o *interesse privado* (interesses não acolhidos pelo ordenamento jurídico). Mas a faceta ora analisada indica a prevalência relativa do *interesse público em sentido estrito (interesse geral)* sobre *interesses específicos (individuais ou coletivos)* que também constituem o interesse público *lato sensu*, por estarem igualmente resguardados pelo sistema normativo. Aí não se poderia falar em supremacia do interesse público sobre o *interesse privado*.

O princípio efetivamente estabelece uma primazia do interesse público. Ora será do interesse público *em sentido amplo*, ora do interesse público *stricto sensu*. Mas em ambas as hipóteses, trata-se do primado do interesse público. No entanto, o interesse que irá ceder nem sempre será o *interesse privado*: poderão ser os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* tutelados pela ordem jurídica. Em razão disso, parece ser mais adequado denominar a norma em tela de “princípio constitucional da supremacia do interesse público”. Com essa alteração resolve-se o problema, e ainda se realça o patamar hierárquico-normativo do princípio, acentuando a sua dignidade constitucional.

A aplicação desta última dimensão do princípio está subordinada à presença de uma série de requisitos específicos, cuja inobservância inquina de nulidade os atos que nele se fundamentarem. Tais exigências decorrem do fato de que os interesses afastados pelo *interesse público em sentido estrito* gozam também de proteção

⁶⁸¹ Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.1. A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”.

jurídica, razão pela qual essa relação de prevalência submete-se a alguns condicionamentos necessários para evitar arbitrariedades. Sobre isso versará o próximo subitem.

2.3.3. *Requisitos indispensáveis à aplicação do princípio*

A incidência da norma constitucional da supremacia do interesse público, em sua perspectiva principiológica, sujeita-se a algumas condicionantes. Note-se que não se está referindo à dimensão dessa norma que incide como *regra*, determinando a supremacia absoluta do *interesse público em sentido amplo* (interesses juridicamente protegidos) sobre o *interesse privado* (interesses não respaldados pelo Direito), tratada no subitem 2.3.1., mas sim às hipóteses em que ela se aplica como *princípio* (2.3.2.).

Como, nesses casos, os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* deslocados pelo *interesse público em sentido estrito (interesse geral)* são igualmente amparados pelo ordenamento jurídico, a utilização das prerrogativas que operacionalizam essa prevalência deve obedecer a alguns requisitos. São eles: (a) existência de previsão normativa específica, instituindo uma competência jurídica; (b) dever de motivação; (c) respeito às demais sujeições especiais do regime jurídico-administrativo; (d) garantia de uma compensação jurídica, quando a aplicação do princípio provocar um dano anormal e especial.

(a) Para que a Administração afaste um interesse juridicamente tutelado, de natureza individual ou coletiva, em nome do *interesse geral*, é imprescindível que ela detenha uma competência jurídica específica para tanto, que lhe seja outorgada por uma norma jurídica. Como se viu, essa atribuição poderá ser explícita, através do “interesse público como conceito legal”, ou implícita, mediante uma competência discricionária.⁶⁸² Por mais que o *interesse público em sentido estrito* deva ser identificado no caso concreto pelo Poder Público, a sua preponderância sobre outros interesses resguardados pelo sistema normativo deve estar autorizada por este, como forma de impedir abusos no manejo do princípio.

⁶⁸² Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

Com isso, reduz-se sobremaneira o risco de a Administração invocar abstratamente o seu dever de assegurar um genérico interesse público, com o fito de restringir ou aniquilar direitos subjetivos dos cidadãos, sejam fundamentais ou não. Nessa esteira, Celso Ribeiro Bastos sustenta que o Estado não está autorizado a, “sob o fundamento da supremacia do interesse público, improvisar medidas que sacrifiquem o particular. O Poder Público tem que se valer exclusivamente dos instrumentos que o direito lhe outorga”⁶⁸³.

Em virtude dessa exigência, a menção ao princípio constitucional da supremacia do interesse público jamais poderá ser usada, por exemplo, como fundamento para o Poder Judiciário negar a um cidadão a tutela de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (v.g., fornecimento de medicamentos de alto custo para satisfação do direito fundamental à saúde), sob o argumento da “reserva do possível”.⁶⁸⁴ A assertiva merece algumas considerações mais detidas.

Viu-se que, num sentido amplo, o interesse público engloba todos os direitos subjetivos, inclusive, como é óbvio, os direitos fundamentais. Desse modo, a *norma-regra* da supremacia do *interesse público em sentido amplo* sobre o *interesse privado* não se presta a resolver a questão, já que os direitos fundamentais formam parte do primeiro. Por outro lado, poder-se-ia eventualmente argumentar que o interesse de implementação de políticas públicas e de prestação de serviços públicos adequados pelo Estado, voltados ao atendimento universalizado de toda a população, configuraria um *interesse público em sentido estrito (interesse geral)*, que restaria prejudicado caso o direito fundamental à saúde do postulante (*interesse individual*) fosse satisfeito judicialmente, em razão do comprometimento do orçamento público. Seria o caso, então, de aplicação da *norma-princípio* que impõe a prevalência do *interesse geral* sobre *interesses específicos (individuais ou coletivos)*?

A resposta é negativa, justamente pelo fato de que o manejo dessa faceta do princípio pressupõe a existência de uma previsão normativa determinada. Como não

⁶⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 30.

⁶⁸⁴ A propósito do tema, ver: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 267-305.

há qualquer disposição constitucional ou legal específica que autorize os órgãos jurisdicionais a agirem nesse sentido, a referência ao princípio constitucional da supremacia do interesse público em situações dessa natureza é absolutamente descabida. Assim, por mais que possam existir outros argumentos capazes de justificar uma eventual negativa de tutela individual do direito fundamental a saúde, o princípio em questão é insuscetível de servir como fundamento para tanto.

Destarte, prerrogativas como a desapropriação, a requisição, a alteração unilateral dos contratos administrativos, dentre outras, estão permitidas precisamente porque o Direito positivo outorga competências específicas ao Poder Público para utilizá-las, fazendo o *interesse geral* se sobrepor aos *interesses específicos (individuais ou coletivos)*.

(b) O segundo pressuposto para a aplicação do princípio é o dever de motivação dos atos que nele se fundarem. Dessa maneira, toda vez em que a Administração for exercer uma competência que lhe ofereça uma margem para interpretar quais situações fáticas substanciam um interesse público reforçado, será imprescindível a exposição das razões fáticas e jurídicas que renderam ensejo à prática do ato.

Essa obrigação de motivar os atos administrativos, conforme já se mencionou no subitem 2.2.3., constitui um desdobramento implícito do princípio constitucional da publicidade administrativa (art. 37, *caput* da CF)⁶⁸⁵, além de estar prevista de forma expressa como princípio autônomo no art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99⁶⁸⁶. O parágrafo único, inciso VII, desse mesmo artigo determina que nos processos administrativos deverá ser observado o critério de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. E o art. 50, I da mesma lei diz ser obrigatória a motivação dos atos administrativos, “com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando (...) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

Esse requisito impede, também, que pretensões escusas do administrador ou alegações abstratas se acomodem sob o rótulo de interesse público, revestindo-se de

⁶⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar... Op. Cit.*, p. 212.

⁶⁸⁶ Lei Federal nº 9.794/99: “**Art. 2º.** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

legitimidade jurídica e justificando a restrição de interesses individuais ou coletivos juridicamente respaldados. Não basta a mera referência à existência de um interesse público que deva ser salvaguardado em detrimento de *interesses específicos*. É preciso que haja uma clara demonstração disso.

Ao Poder Judiciário caberá, posteriormente, apurar a correção da motivação apresentada pela Administração Pública, vale dizer, apreciar se a justificativa exposta como fundamento para a prática do ato efetivamente corresponde a um *interesse público em sentido estrito*.

(c) A aplicação do princípio enfocado subordina-se a uma terceira condição: a plena observância das sujeições especiais impostas à Administração Pública, como decorrência do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, tais como legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, finalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

A obediência a tais preceitos previne a aplicação desmesurada e excessiva do princípio, que convulsione o *interesse público em sentido amplo*. Esses valores, introduzidos no Direito positivo como normas jurídicas, vinculam a atividade do Poder Público de modo a impedir o emprego antijurídico de suas prerrogativas especiais, que, se for ofensivo a tais princípios, não consistirá em uso, mas sim em abuso.

Para resolver as colisões entre dois interesses juridicamente protegidos, um *geral* e outro *individual* ou *coletivo*, avulta a importância do princípio da proporcionalidade. Consoante Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, é a partir dele “que se opera o ‘sopesamento’ (...) dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão”⁶⁸⁷. Sua relevância mostra-se ainda maior pelo fato de que a incidência do princípio constitucional da supremacia do interesse público poderá implicar a restrição de um direito fundamental individual. Em

⁶⁸⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 239.

tais hipóteses, o princípio da proporcionalidade exige que essa limitação “seja adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”⁶⁸⁸.

(d) Por fim, o quarto requisito imprescindível à aplicação da norma da supremacia do *interesse geral* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* é a garantia de uma compensação jurídica ao indivíduo ou ao grupo determinado que tenha experimentado um afastamento ou uma restrição do seu interesse juridicamente amparado, em nome do interesse da coletividade.

Essa exigência explica-se pelo fato de que o *interesse público em sentido estrito*, ao prevalecer sobre outros interesses protegidos pelo sistema normativo, poderá apenas deslocá-los ou limitá-los, mas jamais aniquilá-los. Se eles desfrutam de proteção jurídica, não faria sentido lógico aceitar o seu sacrifício sem a garantia de uma recompensa, é dizer, de uma substituição por um valor jurídico equivalente.

A prevalência *prima facie* do *interesse geral* não significa eliminação do interesse individual (ou coletivo, de um grupo específico) em prol do interesse da coletividade. Nesses casos, o interesse público detentor de prioridade apenas afasta o *interesse específico* juridicamente tutelado, e o ordenamento compensa o seu titular assegurando-lhe um valor jurídico equivalente. Cuidando-se de um direito subjetivo, este deverá ser reparado em razão do seu sacrifício, salvaguardando o interesse individual (ou coletivo) juridicamente albergado por meio de uma substituição por outro bem jurídico de igual valor.⁶⁸⁹

Essa recompensa jurídica constitui uma regra geral que comporta exceções, pois só será cabível nas situações em que o uso da prerrogativa pelo Poder Público ensejar um dano anormal e especial ao particular. Isso porque, nas demais hipóteses, ainda que haja uma limitação a um interesse tutelado pelo Direito, o dever de suportá-la terá sido genérico (destinado a todos indistintamente) e razoável (não excessivo), de sorte que não seria justificável o pagamento de uma indenização. É o que sustenta Romeu Felipe Bacellar Filho, segundo o qual deve ser rejeitada “a idéia do ressarcimento a qualquer

⁶⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Idem*, p. 239.

⁶⁸⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 244; CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, nº 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007. p. 134.

dano. O dano ressarcível é aquele que se mostre especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido”⁶⁹⁰.

Os prejuízos causados por conta da aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público serão ocasionados em razão de uma atividade lícita do Estado, já que é o próprio ordenamento que autoriza a restrição dos interesses individuais ou coletivos juridicamente resguardados, em nome do interesse da coletividade.⁶⁹¹ Assim, além da ofensa a um interesse protegido pela ordem jurídica, são necessárias outras duas características para fazer nascer o direito a uma indenização: a *especialidade* e a *anormalidade* do dano.⁶⁹²

De acordo com Romeu Bacellar, a *especialidade* do dano consiste na produção de um prejuízo específico, que afete um particular de forma diferenciada em relação aos demais.⁶⁹³ Desse modo, o dano especial “corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas”⁶⁹⁴. Ele se difere, assim, das situações em que a Administração, ao utilizar o seu poder de polícia, atinge indistintamente os interesses dos cidadãos, como nos casos das genéricas limitações administrativas, em que não há direito a ressarcimento. Por sua vez, a *anormalidade* estará caracterizada quando houver uma “superação de razoáveis limites de suportabilidade”⁶⁹⁵. Se o prejuízo for excessivo, o indivíduo não terá o dever de suportá-lo, e surgirá o dever de ressarcir.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁹¹ Consoante María del Pilar Amenábar, “quando a atividade lícita estatal, ainda que inspirada em propósitos de interesse coletivo, se constitui em causa eficiente de um prejuízo para os particulares – cujo direito se sacrifica por aquele interesse geral – esses danos devem ser atendidos no campo da responsabilidade por sua atuação lícita”. AMENÁBAR, María del Pilar. *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 395.

⁶⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 1023.

⁶⁹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual... *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 1023.

⁶⁹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual... *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁹⁶ AMENÁBAR, María del Pilar. *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública...* *Op. Cit.*, p. 394-395.

É o que ocorre na desapropriação, por meio do pagamento da justa indenização⁶⁹⁷, bem como na ocupação temporária de propriedade particular em casos de iminente perigo público, quando dela resultarem prejuízos⁶⁹⁸. Na rescisão unilateral dos contratos administrativos o direito ao ressarcimento é também assegurado⁶⁹⁹, e nas hipóteses de alteração unilateral a compensação se realiza através da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁷⁰⁰. Na revogação do procedimento licitatório, também é garantido ao vencedor do certame o direito ao ressarcimento pelos prejuízos sofridos em razão do desfazimento da licitação⁷⁰¹. Todos esses casos tratam de danos *especiais* e *anormais*, pois afetam especificamente um indivíduo ou um grupo determinando, impondo-lhes ônus excessivos, que não lhes cabe suportar.

Por seu turno, situações como as de imposição de limitações à propriedade privada, quando genéricas e razoáveis, não fazem exsurgir o direito a uma compensação jurídica, eis que os eventuais prejuízos por elas ocasionados não

⁶⁹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXIV** – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

⁶⁹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) XXV** - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁶⁹⁹ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) **XII** - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; (...) **Art. 79. (...) § 2º.** Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: **I** - devolução de garantia; **II** - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; **III** - pagamento do custo da desmobilização”.

⁷⁰⁰ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 58.** O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: **I** - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; **§ 2º.** Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

⁷⁰¹ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “**Art. 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”. Manifestando-se favoravelmente ao direito à indenização: TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 198 e 232 *et seq*; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 610; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. São Paulo: Dialética, 2010. p. 682.

ostentam as características de *especialidade* e *anormalidade* (v.g., restrição geral à altura de edifícios). Entretanto, mesmo tais intervenções, se provocarem um dano *especial* e *anormal* a ser suportado pelo titular da propriedade, renderão ensejo ao dever de ressarcir.⁷⁰²

De todo o exposto, conclui-se que o princípio constitucional da supremacia do interesse público não legitima práticas administrativas arbitrárias, uma vez que nas ocasiões em que ele autoriza a prevalência do *interesse geral* sobre outros interesses – *individuais* ou *coletivos* – igualmente respaldados pelo ordenamento jurídico, serão exigíveis, como pressupostos de validade do ato: (a) uma previsão normativa específica, atribuindo à Administração uma competência dessa natureza; (b) a fundamentação expressa do ato, demonstrando a correspondência entre as circunstâncias fáticas e o interesse público qualificado exigido pela norma; (c) a obediência a todos os desdobramentos do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, notadamente aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (d) o fornecimento de uma compensação, por um bem jurídico equivalente ao interesse que houver sido afastado, nos casos em que a incidência do princípio acarretar um prejuízo anormal e especial.

Em que pese a necessidade de cumprimento de todas essas condições para o manejo do princípio em apreço, que dificultam inobjetavelmente a sua malversação, há ainda uma parcela da doutrina brasileira que o tem reputado como uma ameaça ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais, buscando demonstrar a sua inexistência no ordenamento constitucional brasileiro. Nos últimos anos, foram tecidas inúmeras críticas ao princípio da supremacia do interesse público, as quais serão apreciadas, uma a uma, na Parte II deste trabalho, desenvolvida a seguir.

⁷⁰² Acerca do tema, ver: GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnizaciones por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, nº 81, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-33, sep./dic. 1976.

PARTE II – A IMPROCEDÊNCIA DAS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Uma vez apresentada a fundamentação teórica, política e normativa que oferece sustentáculo ao princípio constitucional da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico pátrio, bem como os elementos que compõem a sua configuração jurídica, impende analisar minuciosamente as críticas que lhe têm sido endereçadas por parcela da doutrina brasileira contemporânea. A temática constitui um dos cerne da presente pesquisa, visto que a polêmica recentemente instalada sobre o assunto revela-se merecedora de uma investigação mais acurada.

A partir de pioneiro artigo escrito por Humberto Ávila, e publicado originariamente em 1998 na *Revista Trimestral de Direito Público*⁷⁰³, pôde-se observar algumas manifestações na literatura jurídica nacional questionando a existência e a validade do princípio da supremacia do interesse público, o qual, desde a formulação lançada por Celso Antônio Bandeira de Mello em artigo publicado em 1967⁷⁰⁴, havia conquistado ampla acolhida pela doutrina administrativista brasileira.

Na esteira de Ávila, outros autores de destaque no cenário juspublicista pátrio começaram a propagar a ideia de que “a tese [da supremacia do interesse público] apresenta inconvenientes práticos e defeitos teóricos”⁷⁰⁵, além de revelar-se “francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito”⁷⁰⁶. No ano de 2005, foi publicada uma obra coletiva, organizada por Daniel Sarmento, reunindo cinco ensaios jurídicos que anunciavam, já no título do livro, a pretensão de

⁷⁰³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24, São Paulo: Malheiros, p. 159-180, 1998.

⁷⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... *Op. Cit.*

⁷⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

⁷⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.

desconstruir o princípio da supremacia do interesse público⁷⁰⁷. Por meio da coletânea os autores objetivavam, nos termos sustentados pelo seu organizador, promover “o esperado réquiem deste malfadado princípio”⁷⁰⁸.

Cabe registrar, desde logo, que a posição ora adotada inclina-se para a improcedência de tais críticas, como se pode extrair de plano do título da segunda parte deste estudo. E essa conclusão preliminar, como se verá, manifesta-se como consequência lógica da primeira parte da dissertação, na qual se buscou demonstrar e desenvolver detidamente o conteúdo de cada um dos alicerces que proporcionam supedâneo ao princípio constitucional em questão.

É preciso destacar que, muito embora a primazia do interesse público constitua uma norma de comportamento da Administração Pública no âmbito do “dever-ser”, na seara das práticas administrativas não raro se observa justamente o contrário: as pressões exercidas por grupos sociais no momento da tomada de decisões administrativas e a existência de agentes públicos que fazem prevalecer as suas vontades pessoais em detrimento das necessidades gerais⁷⁰⁹ (configurando o chamado desvio de finalidade) conduzem, muitas vezes, a uma prevalência de interesses privados no mundo do “ser”. Tal fato, no entanto, não é capaz de afastar a norma que impõe a supremacia do interesse público, conforme restará demonstrado.

Dentre os diversos argumentos formulados pela doutrina para questionar o *status* normativo do princípio constitucional da supremacia do interesse público – ora afirmando a sua inexistência, ora propalando a sua incompatibilidade com o direito vigente – é possível, para fins didáticos, sistematizá-los em três eixos, subdivididos em três críticas cada. São eles: (i) a pretensa impossibilidade de enquadramento da supremacia do interesse público na categoria normativa de “princípio” (Capítulo 3); (ii) a suposta inutilidade prática do princípio (Capítulo 4); e (iii) o alegado perigo de legitimação de práticas autoritárias (Capítulo 5).

⁷⁰⁷ SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados... Op. Cit.*, p. 29.

⁷⁰⁹ CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 138.

Sendo assim, pretende-se nesta etapa responder a cada uma delas, com fulcro na fundamentação anteriormente alinhavada, a fim de demonstrar que se bem compreendido o princípio sob exame, os rechaços que lhe são desferidos não passam de equívocos quanto à compreensão do seu sentido.

CAPÍTULO 3 – A PRETENSE IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA CATEGORIA NORMATIVA DE “PRINCÍPIO”

O primeiro conjunto de críticas tecido ao princípio constitucional da supremacia do interesse público diz respeito à suposta impossibilidade de enquadrá-lo na categoria normativa de “princípio”.

Como bem se sabe, formou-se um consenso – hoje amplamente difundido na Filosofia do Direito – no sentido de que as normas jurídicas comportam, pelo menos, duas espécies distintas: os princípios e as regras. Trata-se de uma contraposição à ideia própria do positivismo jurídico, segundo a qual o Direito positivo seria composto por regras, ao passo que os princípios não ostentariam força normativa, ocupando uma posição subsidiária na hierarquia das fontes do Direito. Representa, nas palavras de Jorge Miranda, uma “visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais”⁷¹⁰, em que a normatividade dos princípios e a sua inclusão como elementos do ordenamento jurídico deixa de ser questionada⁷¹¹.

Não obstante a manifestação de posições teóricas anteriores, que já sustentavam o caráter normativo dos princípios jurídicos, como se verifica nas obras de Jean Boulangier, Joseph Esser e Karl Larenz⁷¹², a doutrina contemporânea costuma creditar ao pensamento de Ronald Dworkin⁷¹³ e Robert Alexy⁷¹⁴ a propagação mais difundida

⁷¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II: Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 263.

⁷¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Op. Cit.*, p. 55.

⁷¹² BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit positif et droit positif*. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XX^e siècle (Études Offertes a Georges Ripert)*. Paris: LGDJ, 1950; ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1956; LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1960. Para uma exposição das ideias desses autores, ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 266 *et seq*; e GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 170-187.

⁷¹³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

⁷¹⁴ ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986.

atualmente sobre a compreensão de regras e princípios como espécies do gênero “norma jurídica”⁷¹⁵.

Partindo desse pressuposto, exsurtem algumas vozes afirmando que a supremacia do interesse público não poderia constituir-se como um *princípio jurídico* (espécie do gênero *norma jurídica*), por três razões principais: (i) ele não estaria previsto em qualquer dispositivo normativo do ordenamento jurídico brasileiro (3.1.); (ii) ele não ostentaria conteúdo jurídico próprio, eis que para explicá-lo a doutrina sempre necessitaria recorrer à invocação de outros princípios (3.2.); (iii) ele seria incompatível com a técnica da ponderação e com o princípio da proporcionalidade (3.3.). Cada uma delas será analisada separadamente no presente capítulo.

3.1. “Ausência de previsão normativa ou assento constitucional”

Um dos requisitos considerados por Humberto Ávila como necessário para que determinada disposição seja reconhecida como uma “norma-princípio”, é que ela possua “fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito”⁷¹⁶. Não se poderia, portanto, admitir que determinada norma fosse reputada como um princípio jurídico, caso não se pudesse identificar no ordenamento vigente – explícita ou implicitamente – algum fundamento que lhe conferisse validade.

Sustenta o referido autor que, em relação ao princípio da supremacia do interesse público, a doutrina afirma ser possível descobri-lo e reconhecer-lhe validade “*a priori*, sem o prévio exame da sua referência ao ordenamento jurídico (‘axioma’)”⁷¹⁷. Assim, assevera que “a questão sobre o seu fundamento de validade fica irrespondida, e o método, por meio do qual ele pode ser descoberto ou por meio

⁷¹⁵ É o caso, por exemplo, de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160; e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* Op. Cit., p. 155.

⁷¹⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 181.

⁷¹⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... Op. Cit., p. 175.

do qual ele poderia funcionar como fundamento de uma dada decisão concreta, permanece nebuloso”⁷¹⁸.

Além disso, o jurista gaúcho nega a qualidade de “norma-princípio” à supremacia do interesse público, afirmando que em geral a doutrina se refere ao princípio “como uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer posituação”⁷¹⁹. Se o seu reconhecimento independe de previsão no Direito positivo, não poderia ele consistir em uma norma jurídica. Com base na afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello de que a supremacia seria “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”⁷²⁰, aduz não haver qualquer referência ao ordenamento jurídico, tratando-se, pois, de um postulado ético-político ou de um princípio fundamental da ética comunitária ou da política jurídica.

Mais do que defender a inexistência de amparo normativo explícito capaz de sustentar o princípio da supremacia do interesse público, Ávila refuta também a possibilidade de extraí-lo implicitamente da ordem constitucional, advogando que “ele não resulta, *ex constitutione*, da análise sistemática do Direito”⁷²¹. Na mesma linha posiciona-se Gustavo Binjenbojm, para quem o aludido princípio não está respaldado pelo sistema normativo nacional em razão de três motivos: (i) “por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico”; (ii) “por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo ‘princípio’”; e (iii) “por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional”⁷²².

Pode-se dizer então que os argumentos utilizados por esses autores para negar a existência de um princípio constitucional da supremacia do interesse público seriam: (3.1.1.) a ausência de previsão, no Direito positivo, de uma disposição jurídica que

⁷¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Idem*, p. 187.

⁷¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Idem*, p. 207.

⁷²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 69.

⁷²¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 188.

⁷²² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95.

determine a prevalência do interesse público sobre o privado; (3.1.2.) o fato de o princípio retratar um postulado ético-político e não jurídico-normativo; (3.1.3.) a incompatibilidade de uma norma dessa natureza com o sistema constitucional brasileiro. Os argumentos serão refutados, um a um, nos subitens a seguir.

3.1.1. Existência de previsão normativa

Conforme já se referiu na Parte I deste trabalho⁷²³, diferentemente do que alegam os críticos do princípio em exame, é possível encontrar na ordem constitucional pátria um dispositivo específico no qual se encontra inscrito o princípio da supremacia do interesse público. Trata-se do art. 3º, IV da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, enunciados nos arts. 1º ao 4º da Lei Fundamental, retratam algumas das decisões políticas mais relevantes de toda a ordem constitucional. Tais disposições, por mais vagas que possam parecer, são dotadas de elevada carga axiológica e ostentam eficácia jurídica e imperatividade, vinculando todos os Poderes Públicos à realização dos seus comandos. Entre eles figura, como objetivo fundamental da República, o princípio da promoção do bem de todos.

O cumprimento da norma sob análise pressupõe que o Estado, para satisfazer o bem-estar de toda a coletividade, detenha um feixe de prerrogativas que lhe possibilite afastar todos os obstáculos que os interesses específicos de determinadas pessoas ou grupos possam lhe opor, na missão de promover o bem de todos. É necessário, nessa medida, evitar que os interesses exclusivamente privados dos particulares preponderem sobre as necessidades da sociedade brasileira, prejudicando assim o bem-

⁷²³ Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.2. Fundamentos constitucionais específicos”.

estar da coletividade. Nesse influxo, pode-se afirmar que a obrigação de “promover o bem de todos”, imposta ao Estado pelo art. 3º, IV da Lei Maior, configura o fundamento normativo do princípio constitucional da supremacia do interesse público.

Como visto,⁷²⁴ o referido dispositivo, além da parte final que enuncia o *princípio da não discriminação* (“sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), contém em sua primeira parte a determinação de que incumbe à República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos. Seria uma redundância supor que essa locução inicial da disposição em análise estabelece apenas que ao Estado é defeso prejudicar os indivíduos. É evidente que incumbe a um Estado Democrático de Direito o dever de promover o bem de todos os cidadãos, razão pela qual impende extrair do art. 3º, IV da CF um comando mais elaborado, que efetivamente faça jus à sua inclusão no Título I da Constituição de 1988.

É nesse sentido que se pode asseverar que a Lei Fundamental, ao impor ao Estado brasileiro a incumbência de “promover o bem de todos”, está enunciando o princípio constitucional da supremacia do interesse público. Esse princípio compele a Administração Pública brasileira a buscar a primazia do interesse da coletividade, sobre os anseios exclusivamente particulares que ameacem a consecução dos interesses sociais. Logo, é essa disposição constitucional específica (art. 3º, IV da CF) que legitima juridicamente o Poder Público a manejar suas prerrogativas especiais necessárias à consecução do interesse público⁷²⁵.

Insta salientar que o próprio Humberto Ávila atesta a plena normatividade dos arts. 1º ao 4º da Constituição Federal, enquadrando-os na espécie normativa de

⁷²⁴ Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.2. Fundamentos constitucionais específicos”.

⁷²⁵ Discorda-se, por conseguinte, de Fábio Medina Osório, quando assevera que “No Brasil, é certo, não há norma específica consagrando o interesse público como princípio geral da Administração Pública na CF”. Para o autor, cuida-se de “norma constitucional implícita, que decorre da leitura teleológica e sistemática do conjunto de normas constitucionais que vinculam a Administração Pública”. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000, p. 89 e nota de rodapé nº 24. Conquanto se possa dizer que da leitura sistemática da Constituição brasileira é possível apreender o princípio em questão, parece existir, além disso, um fundamento normativo específico no art. 3º, IV do texto constitucional.

princípios ao referir-se a eles como “normas-princípios fundamentais”⁷²⁶. Sendo assim, ao se reconhecer que a supremacia do interesse público tem por base normativa o art. 3º, IV da Constituição – expressamente enunciado como um princípio fundamental da República – não parece ser possível negar-lhe a qualidade de princípio jurídico.

E nem se alegue que do art. 3º, IV, CF não se pode depreender claramente a norma referida, já que as normas-princípio, como admite Humberto Ávila, “não constituem regras prontas de comportamento, precisando, sempre, de concretização” e “decorrem da idéia de Direito positivamente constituída, dos textos normativos ou do seu conjunto, ou, ainda, dos fins positivamente instituídos pelo Direito”⁷²⁷. É necessário, por conseguinte, concretizar a norma subjacente a esse inciso, deduzindo-a da finalidade de “promover o bem de todos”, instituída pelo sistema jurídico.

Consoante asseverado anteriormente⁷²⁸, outras manifestações doutrinárias já haviam identificado no art. 3º, IV da CF o fundamento para o princípio constitucional da supremacia do interesse público. É o caso de Romeu Felipe Bacellar Filho⁷²⁹ e Juarez Freitas⁷³⁰. Também a doutrina argentina, na obra de Héctor Jorge Escola, sustenta que o interesse público, como princípio a ser observado pelo Poder Público, encontra assento constitucional na locução “bem estar geral”, presente no preâmbulo da Constituição da Nação Argentina⁷³¹. A expressão é considerada como equivalente à noção de “bem comum” ou “bem público” pela Corte Suprema de Justiça na Nação Argentina⁷³².

⁷²⁶ “...a Constituição, por meio de normas-princípios fundamentais (arts. 1º a 4º)...”. ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 188.

⁷²⁷ ÁVILA, Humberto. *Idem*, p. 182.

⁷²⁸ Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.2. Fundamentos constitucionais específicos”.

⁷²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público... *Op. Cit.*, p. 128, e nota de rodapé nº 8.

⁷³⁰ Ainda que esse último prefira a locução “primado do interesse público” ao termo “supremacia”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54 e 59.

⁷³¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 31.

⁷³² CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo da Cunha (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

O aludido fundamento parece ser suficiente para demonstrar a improcedência do argumento de que o princípio da supremacia do interesse público não ostenta embasamento constitucional. Sem embargo, afora o art. 3º, IV da CF, existe outro dispositivo constitucional capaz de oferecer supedâneo ao princípio em debate: art. 66, §1º da Constituição Federal. Tal disposição estabelece que:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

A norma acima reproduzida habilita o Presidente da República a vetar um projeto de lei por inconstitucionalidade ou por contrariedade ao interesse público. Daí decorre a constatação de que esses dois motivos constituem razões tão importantes que justificam que o Chefe do Poder Executivo impeça a promulgação de determinado conjunto de normas no sistema jurídico, contrariando a deliberação dos representantes eleitos pelo povo para essa finalidade. É por conta de sua destacada relevância que tanto a constitucionalidade quanto o interesse público traduzem valores jurídicos que desfrutam de supremacia sobre os demais, através do *princípio da supremacia constitucional* e do *princípio da supremacia do interesse público*.

O fundamento que autoriza o Presidente da República a vetar um projeto de lei por contrariedade ao interesse público consiste justamente na necessidade de que este prevaleça sobre os interesses privados, tanto de grupos que possuam uma maioria eventual no Congresso Nacional, quanto de pretensões egoísticas dos próprios parlamentares. Com isso, ainda que o interesse que se busque atender com o projeto de lei não importe violação à Constituição, outorga-se ao Presidente a prerrogativa de refutar a sua sanção, como meio de salvaguardar o interesse público.

O fato de o Congresso Nacional poder rejeitar o veto do Presidente da República, por maioria absoluta de seus membros⁷³³, não é capaz de dismantlar o argumento ora apresentado. Como bem observa Clèmerson Merlin Clève, “não é muito fácil conquistar-se, no seio do Congresso, a simpatia de uma maioria como essa”. O constitucionalista exemplifica com a hipótese de um projeto de lei aprovado por maioria simples na Câmara e no Senado, asseverando que numa tal situação, se o projeto for vetado pelo Presidente, “muito dificilmente alcançará uma maioria qualificada necessária para a rejeição do veto. O poder presidencial, como se vê, continua enorme”⁷³⁴.

Por mais que não se possa extrair de forma *explícita* um princípio constitucional da supremacia do interesse público do art. 66, §1º da CF, não se pode negar que tal dispositivo seja capaz de lhe fornecer um fundamento implícito de validade. Isso porque, se a Constituição erigiu o interesse público ao mesmo posto de relevância atribuído ao princípio da constitucionalidade, que determina a prevalência das normas constitucionais sobre todas as demais, força concluir que, emprestando-lhe o mesmo efeito de fundamentar o veto um projeto de lei, ela objetivou determinar a supremacia do interesse público sobre os demais.

De todo modo, mesmo que se discorde da fundamentação normativa acima exposta (art. 3º, IV e art. 66, §1º da CF), a inexistência de um dispositivo expresso e específico na Constituição brasileira de 1988 que se refira ao dever da Administração de servir ao “interesse público” jamais poderia significar ausência de amparo normativo ao princípio da supremacia do interesse público. Alejandro Nieto, com precisão, adverte que o disposto no art. 103.1 da Constituição espanhola, segundo o qual a Administração deve servir objetivamente aos interesses gerais, só não consta em grande parte das Constituições por ser considerada uma afirmação desnecessária, haja

⁷³³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 66. (...) §4º.** O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto”.

⁷³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo...* Op. Cit., p. 111.

vista se tratar de uma obviedade cabal⁷³⁵. Ou como diria Nelson Rodrigues: um “óbvio ululante”⁷³⁶.

Outro exemplo reforça o argumento: a Constituição francesa de 1958 não faz qualquer referência expressa ao conceito de “*intérêt général*”, e ainda assim, sem fundamento normativo específico, o Conselho Constitucional lança mão dessa noção como critério para o controle preventivo de constitucionalidade das leis⁷³⁷. É mais que evidente, portanto, a desnecessidade de um dispositivo exposto que preveja a supremacia do interesse público para que esta seja reconhecida como um princípio jurídico dotado de normatividade.

Vê-se, diante de tais considerações, que refutar o *status* de princípio jurídico à supremacia do interesse público, sob o argumento de inexistir-lhe fundamento normativo, reflete uma falta de atenção em relação ao texto da Constituição brasileira de 1988. Isso porque, uma análise mais detida da complexidade do sistema constitucional pátrio permite, como se viu, revelar sólidos baldrames normativos ao princípio da supremacia do interesse público.

3.1.2. Conteúdo de mandamento jurídico-normativo e não apenas de postulado ético-político

Não se pode concordar com a afirmação de que a ideia de prevalência do interesse público sobre o privado, como condição de sobrevivência e asseguramento dos próprios interesses privados e de estabilidade de uma ordem social⁷³⁸, constitua meramente um postulado ético-político. Quando Celso Antônio Bandeira de Mello faz essa advertência – de que tal princípio é necessário para o funcionamento de qualquer sociedade – ele não está se referindo tão-somente ao “bem comum como princípio

⁷³⁵ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2225.

⁷³⁶ RODRIGUES, Nelson. *O óbvio ululante*: primeiras confissões (crônicas). São Paulo: Companhia das Letras, 1993. A expressão de Nelson Rodrigues foi também tomada por empréstimo, para tratar de tema diverso, por VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, Porto Alegre: Síntese, p. 147-161, 2001.

⁷³⁷ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 25.

⁷³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 69.

fundamental da ética comunitária ou da política jurídica”⁷³⁹, mas sim a um princípio jurídico.

Como se buscou demonstrar acima, há disposições constitucionais nas quais se pode encontrar fundamentos normativos de validade do princípio sob exame, o que, por si só, derrubaria a crítica de que não se está falando de uma norma-princípio. A questão é que o simples fato de o princípio constitucional da supremacia do interesse público encontrar um correlato na “ética comunitária” ou na “política jurídica” não afasta a sua condição de princípio jurídico. Essa é uma característica compartilhada por diversos princípios constitucionais, que muito embora consubstanciem valores que foram juridicizados pela Constituição na forma de normas jurídicas, jamais deixaram de encontrar suas origens na ética, na política ou na filosofia⁷⁴⁰. Três exemplos de princípios constitucionais bastam para desfazer o argumento: a democracia, a moralidade administrativa e a dignidade da pessoa humana.

A democracia representa um valor que ultrapassa facilmente as raiais do mundo jurídico. Muito antes de ser tratada sob o ponto de vista jurídico-normativo, a ideia de democracia já era amplamente debatida na Filosofia Política da Antiguidade Clássica, com Platão e Aristóteles, trilhando o caminho da Ciência Política e da Teoria do Estado, com o advento da modernidade. O tão-só fato de ter tido a sua profusão no âmbito do pensamento *político* iluminista, por exemplo, nunca foi utilizado para negar força *normativa* ao princípio democrático contemporâneo.

Se atualmente é possível referir-se à “democracia como princípio normativo”⁷⁴¹ – como o faz J. J. Gomes Canotilho – e dela extrair uma plêiade de princípios jurídicos derivados (tais como a soberania popular, a representação popular, a participação, os subprincípios do sufrágio, etc.), nem sempre esteve essa noção atrelada a um conceito

⁷³⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 207.

⁷⁴⁰ “A dignidade humana e a justiça são claros exemplos de princípios constitucionais que invocam conteúdos filosóficos, morais, políticos, sociológicos, todos dignos de preocupação por parte de outras ciências”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 97.

⁷⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 287.

normativo. E a origem política do princípio democrático não se presta a questionar a sua eficácia jurídica, respaldada pelo art. 1º da Constituição Federal.⁷⁴²

O princípio constitucional da moralidade administrativa, previsto no art. 37, *caput* da CF, configura outro bom exemplo. A noção de moralidade deita raízes nos terrenos da Ética e da Moral⁷⁴³, tendo apenas recentemente sido inserida no âmbito jurídico. No Brasil, foi a Constituição de 1988 que recepcionou expressamente a moralidade como princípio jurídico da Administração Pública.

No entanto, muito antes de sua previsão explícita pelo ordenamento jurídico, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em 1974, já sustentava a possibilidade de controle da moralidade dos atos administrativos, em monografia pioneira sobre o assunto⁷⁴⁴. A inserção do elemento ético nas relações jurídico-administrativas transformou a moralidade em um conceito normativo⁷⁴⁵, de molde que a sua gênese em uma esfera diversa da seara jurídica não constitui óbice à sua juridicidade.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, suas origens se deram no âmbito da Filosofia, tendo posteriormente ingressado nas malhas do Direito ao revestir-se de “juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazi-fascistas desde a II Guerra Mundial, tornando-se, agora, nos estertores do Século XX, uma garantia contra práticas econômicas identicamente nazi-fascistas”⁷⁴⁶.

Por consistir em um conceito originariamente filosófico, a dignidade da pessoa humana custou a ser encarada como uma norma-princípio, passível de produzir efeitos jurídicos. E tamanha é a sua vinculação com a Ética que a doutrina continua a

⁷⁴² Em relação à temática da democracia e suas relações com a Constituição, ver: SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo desenho (quase) lógico – vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 35-88.

⁷⁴³ Sobre o tema da ética pública ver, por todos, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001.

⁷⁴⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. Após a acolhida do princípio no texto constitucional de 1988, o autor publicou a obra FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993.

⁷⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública e Estado Democrático de Direito. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 3, San José: Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, p. 57-62, 2003. p. 59.

⁷⁴⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, nº 4, Porto Alegre: Notadez, p. 23-49, out./dez. 1999, p. 24.

asseverar que o Direito não cria ou constitui a dignidade da pessoa humana⁷⁴⁷, mas tão-somente a reconhece “como dado essencial da construção jurídico-normativa”⁷⁴⁸. Ou seja: a dignidade da pessoa não existe apenas onde e à medida que seja protegida pelo Direito⁷⁴⁹, uma vez que independentemente do seu reconhecimento jurídico ela ostenta um conteúdo ético e moral⁷⁵⁰. E ainda assim, não há quem possa refutar, contemporaneamente, a sua validade jurídico-positiva, desde a sua inserção como princípio fundamental da República no art. 1º, III da Constituição de 1988⁷⁵¹.

O mesmíssimo raciocínio se pode aplicar à supremacia do interesse público: ainda que o bem comum possua embriões originariamente ético-políticos, nada impede que ele possua um correlato jurídico reconhecido pelo Direito positivo como um princípio dotado de eficácia normativa. Logo, tanto quanto os princípios da democracia (art. 1º, CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o princípio da supremacia do interesse público encontra fundamento de validade constitucional (art. 3º, IV e art. 66, §1º, CF), independentemente da sua correlação com um conceito ético-político.

3.1.3. *Respaldo do princípio no sistema constitucional brasileiro*

O terceiro desdobramento da crítica ora enfocada diz respeito à suposta impossibilidade de se extrair do sistema constitucional brasileiro uma diretriz que

⁷⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117.

⁷⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana... *Op. Cit.*, p. 26.

⁷⁴⁹ Assim se manifesta Ingo Sarlet: “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42.

⁷⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 68-70.

⁷⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) **III** - a dignidade da pessoa humana”. Note-se que mesmo antes da sua inserção expressa já se podia reconhecer, implicitamente, a existência desse princípio. No entanto, a afirmação foi feita no sentido de que nem o mais formalista dos juristas pode, contemporaneamente, questionar o berço jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana, em virtude da sua enunciação explícita pela atual Constituição Federal.

aponte a prevalência do interesse público sobre o privado, dada a elevada proteção emprestada pela Carta Magna ao indivíduo e aos seus interesses.

Humberto Ávila averba que através dos princípios fundamentais (art. 1º ao 4º), dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º ao 17), e de outros princípios constitucionais, a Constituição “protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada” que se houvesse alguma “regra abstrata e relativa de preferência seria (não o é, como se verá) em favor dos interesses privados em vez dos públicos”⁷⁵².

Concordando com o autor, Gustavo Binzenbojm rechaça o assento constitucional do princípio da supremacia do interesse público, sob o pretexto de que “a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo”⁷⁵³. Após citar uma série de princípios constitucionais assecuratórios de direitos e garantias de cunho individual, conclui “não ser possível extrair o ‘princípio da supremacia do interesse público’ da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares”⁷⁵⁴.

Na mesma esteira manifesta-se Paulo Ricardo Schier, ao constatar que “a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público”⁷⁵⁵. Embora considere inexistir hierarquia entre interesses públicos e interesses privados na Constituição, o autor inclina-se a admitir que se existisse alguma regra de preponderância, esta consistiria na prevalência dos interesses privados, chegando a indagar (ainda que retoricamente): “Em tais situações, por que então não se falar de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público?”⁷⁵⁶.

⁷⁵² ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 188.

⁷⁵³ BINZENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 95.

⁷⁵⁴ BINZENBOJM, Gustavo. *Idem*, p. 96.

⁷⁵⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 236. O texto, no original, encontra-se grifado em negrito e em itálico.

⁷⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Idem*, p. 235-236. Na nota de rodapé nº 50, na mesma página, o autor ressalta que a pergunta é meramente provocativa, admitindo que “Sua defesa incorreria nos mesmos equívocos da tese da supremacia do interesse público sobre o privado”.

A base da argumentação dos três autores repousa sobre o mesmo equívoco: considerar que as normas constitucionais protetivas de direitos de caráter individual (sejam direitos fundamentais ou não) representam interesses privados. Como se pôde explicar de forma aprofundada na Parte I deste estudo⁷⁵⁷, o conceito de *interesse público em sentido amplo*, que configura uma das noções de interesse público subjacentes ao princípio em comento, engloba tanto os *direitos subjetivos* quanto os *interesses legítimos*, por retratarem interesses juridicamente protegidos. Isso porque, o seu conteúdo é composto pelos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade, consoante a fórmula difundida por Renato Alessi (com base em Carnelutti e Picardi)⁷⁵⁸ e reproduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁵⁹. E evidentemente é interesse de todos e de cada um que os direitos fundamentais individuais sejam tutelados.

Dessa maneira, os direitos fundamentais – sejam de titularidade individual, coletiva ou difusa – sempre não de representar o interesse *público (lato sensu)*, e jamais o interesse *privado*. E mais: tais direitos constituem o núcleo do conceito de interesse público⁷⁶⁰, conforme explicação realizada na Parte I, Capítulo 2, item 2.2, subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”, a ser retomada no item 5.2. do Capítulo 5. Por isso, defender a supremacia do interesse público implica afirmar a supremacia dos direitos fundamentais sobre interesses particulares não protegidos pelo Direito positivo.

Por cuidar de tema a ser desenvolvido em compartimento próprio⁷⁶¹, não cabe neste tópico continuar justificando que os direitos fundamentais traduzem o interesse *público (lato sensu)* e não o *privado*. Basta consignar que, de acordo com a argumentação exposta anteriormente, uma das concepções de interesse público que integra o princípio em questão – a acepção ampla – abrange todo e qualquer interesse

⁷⁵⁷ Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.2. Interesse público em sentido amplo”.

⁷⁵⁸ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo...* Op. Cit., p. 229-233.

⁷⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Op. Cit., p. 65 et seq.

⁷⁶⁰ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... Op. Cit., p. 102.

⁷⁶¹ Parte II, Capítulo 5, item “5.2. ‘Incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais’”.

tutelado pelo ordenamento jurídico, seja na forma de *direito subjetivo*, seja na forma de *interesse legítimo* (de caráter individual, coletivo ou difuso). O interesse privado, por sua vez, representa tanto os *interesses puros e simples* dos particulares, que não encontram proteção específica no Direito positivo, quanto os *interesses ilícitos*, contrários ao ordenamento jurídico. Nesses moldes, configura um contrassenso sustentar que os direitos fundamentais revelam interesses privados, e não públicos.

Interesse privado e bem jurídico individual não são sinônimos. A partir do momento em que o constituinte optou pela proteção de valores como liberdade, intimidade, privacidade, igualdade e propriedade privada, a sua qualificação como bens juridicamente protegidos lhes outorga a condição de componentes do *interesse público em sentido amplo*. Foi a coletividade, através dos seus representantes, que democraticamente elegeu esses valores como interesses dignos de tutela jurídica, pelo que se pode considerá-los como elementos do conteúdo do interesse público (*lato sensu*). Como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, a essência desse conceito não pode ser encontrada em outro lugar senão no próprio Direito positivo⁷⁶².

Desse modo, a significação do que vem a ser o *interesse público em sentido amplo* será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição.⁷⁶³ A qualificação de determinado interesse como público é promovida pela Constituição “e, a partir dela, [pel]o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”.⁷⁶⁴

Demais disso, afora os já citados art. 3º, IV e art. 66, §1º, da Constituição Federal, há uma série de outros mandamentos inseridos no tecido constitucional que atestam de forma inequívoca a opção do constituinte pela prevalência do interesse público, como se pôde observar anteriormente⁷⁶⁵. Não cabe, nesta sede, repetir toda a explicação antes lançada, razão pela qual se remete à Parte I, Capítulo 1, item 1.3.,

⁷⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 67.

⁷⁶³ ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003. p. 770.

⁷⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 190.

⁷⁶⁵ Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.3. Interpretação sistemática da Constituição”.

subitem “1.3.3. Interpretação sistemática da Constituição” deste trabalho, no qual se buscou demonstrar que da leitura global da Lei Maior brasileira é possível deduzir o princípio em questão.

Basta referir-se, apenas a título de ilustração: ao Preâmbulo constitucional, que alçou a *harmonia social*, o *bem-estar* e a *justiça* à condição de valores supremos do Estado brasileiro; ao art. 1º, II, que incluiu a *cidadania* entre os fundamentos da República, que deve ser compreendida numa perspectiva de integração do indivíduo à sociedade⁷⁶⁶; ao art. 1º, III, que juridicizou a *dignidade da pessoa humana*, cuja defesa e promoção requer a atuação do Estado contra interesses privados exacerbados, como nas relações trabalhistas ou consumeristas; ao art. 3º, I, que prevê como objetivo fundamental da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”; aos arts. 170 e 193 que albergam os princípios do *bem-estar* e da *justiça sociais*, como fundamentos da ordem econômica e da ordem social.

Somem-se a esses o art. 182, *caput*, que definiu como competência do Poder Público municipal “ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o *bem-estar de seus habitantes*”, pressupondo um espaço urbano equilibrado, com a harmonia entre os interesses privados conflitantes; o art. 5º, XXIII, que condiciona o exercício do direito de propriedade ao atendimento da sua função social; o art. 5º, XXIV que autoriza o Estado a promover a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como o art. 184; o art. 5º, XXV, que permite a requisição de propriedade particular pela autoridade competente “no caso de iminente perigo público”; o art. 5º, XXIX que associa a proteção da propriedade industrial ao *interesse social*; o art. 5º, XXXIII que confere a todos o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”; o art. 192, que determina que o sistema financeiro nacional deve ser “estruturado de forma a

⁷⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo... Op. Cit.*, p. 104.

promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir *aos interesses da coletividade*”⁷⁶⁷.

A relação que cada um desses dispositivos constitucionais (além de outros) guarda com o princípio da supremacia do interesse público já foi efetuada, como visto, em outra oportunidade. O que aqui importa sublinhar é que o amplo rol de disposições constitucionais acima transcrito demonstra que uma interpretação sistemática da Constituição Federal permite inferir que a prevalência do interesse público é amparada como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal conclusão decorre, em primeiro lugar, da assertiva antes apresentada de que os *bens jurídicos individuais* assegurados pelo ordenamento constitucional não importam *interesses privados*, mas sim *interesses públicos (lato sensu)*. Em segundo lugar, resulta da análise de uma série de dispositivos da Constituição Federal, cuja observância afasta com tranquilidade a afirmação de que a primazia do interesse público consiste em hipótese excepcional.

3.2. “Carência de conteúdo jurídico próprio (confusão com outros princípios)”

A segunda crítica que sugere a impossibilidade de emoldurar a supremacia do interesse público na categoria normativa de *princípio* é a sua suposta carência de conteúdo jurídico próprio, diante da necessidade de explicá-lo a partir da invocação de outros princípios.

Nessa linha, Gustavo Binzenbojm nega que o princípio da supremacia do interesse público possa ser considerado como “direção finalística da Administração Pública (...) no sentido de que o Estado não se desviará de sua precípua função de realizar interesses coletivos”⁷⁶⁸, porque, segundo o autor, essa questão pode ser

⁷⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 192.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a *servir aos interesses da coletividade*, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram” (*grifei*).

⁷⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 93.

simplesmente resolvida com os princípios da moralidade e da impessoalidade, que desde logo vedam “quaisquer privilégios ou favorecimentos odiosos a particulares”⁷⁶⁹.

O autor aponta como “um equívoco comum na doutrina pátria” a referência à invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa “como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”⁷⁷⁰. Com isso, aduz que a noção do princípio da supremacia do interesse público apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro “permeia-se, por vezes, de características peculiares a outros princípios”⁷⁷¹. Nos exemplos citados pela jurista, de vedação de atuação personalista por parte do administrador, Binjenbojm afirma que “essa diretriz não passa de uma versão um tanto mais analítica do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade”⁷⁷².

O argumento, como se verá, improcede completamente, uma vez que: (3.2.1.) não leva em consideração um dos possíveis conceitos de *princípio* que permeia a construção teórica do princípio constitucional da supremacia do interesse público (“alicerce de um sistema”),⁷⁷³ que admite a existência de um “processo de esclarecimento recíproco”⁷⁷⁴, além de (3.2.2.) ignorar uma característica que é própria dos princípios jurídicos em geral, seja qual for a concepção adotada: a “complementaridade”⁷⁷⁵ ou a “concordância prática”⁷⁷⁶. Ademais – e aqui reside uma grave contradição – (3.2.3.) a aceitação da crítica apresentada por Binjenbojm implicaria rejeitar a normatividade de outros princípios constitucionais tão caros ao autor, como a juridicidade e a dignidade da pessoa humana. Cumpre analisar cada uma dessas considerações.

⁷⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Idem, Ibidem*.

⁷⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*, p. 90.

⁷⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*, p. 89.

⁷⁷² BINENBOJM, Gustavo. *Idem*, p. 90.

⁷⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais... *Op. Cit.*, p. 284.

⁷⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 676.

⁷⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 41.

⁷⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1186-1187.

3.2.1. Um dos possíveis conceitos de princípio: “mandamento nuclear de um sistema”

Conforme amplamente desenvolvido na Parte I desta pesquisa⁷⁷⁷, o conceito de princípio adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao formular originariamente o princípio da supremacia do interesse público, embora revele uma noção construída pelo próprio autor, assemelha-se muito à concepção elaborada por Karl Larenz.

O jurista, em sua já clássica formulação, conceitua “princípio” como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”, uma vez que “define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.⁷⁷⁸

Assim como Celso Antônio Bandeira de Mello, Karl Larenz considera os princípios como “alicerces de um sistema”⁷⁷⁹. Diferenciando-os das regras, o autor registra que os princípios não possuem o caráter de normas às quais se podem subsumir diretamente situações de fato, por carecerem antes, sem exceção, de concretização. Há, no entanto, diversos graus de abstração. “No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma «ideia jurídica geral», pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor”⁷⁸⁰. Como exemplos desses princípios que demandam alto grau de concretização, Larenz cita, entre outros, os princípios do Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana, os quais reclamam densificações através de subprincípios para poderem ser aplicados.

No tocante ao princípio do Estado de Direito, afirma que este comporta uma série de subprincípios que lhe preenchem de conteúdo. É o caso dos princípios da legalidade administrativa, da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, da

⁷⁷⁷ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa ‘princípio’ na doutrina brasileira”.

⁷⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais... *Op. Cit.*, p. 284.

⁷⁷⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito...* *Op. Cit.*, p. 676.

⁷⁸⁰ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 674.

independência dos juízes, da proibição de ingerências arbitrárias nas esferas jurídicas individuais e da proibição de retroatividade de leis desvantajosas. Um princípio com grau de abstração mais elevado, como o do Estado de Direito, funciona como uma *ideia diretiva* que serve de base para todos os subprincípios que nele estão contidos, indicando-lhes a direção, “não podendo explicar-se essa ideia directiva de outro modo senão aduzindo os seus subprincípios e princípios jurídicos gerais concretizadores na sua conjugação plena de sentido”⁷⁸¹. Além disso, trata-se de uma via de mão dupla: “o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”⁷⁸². Larenz chama esse processo de “esclarecimento recíproco”.

O autor diferencia, ainda, os (i) “princípios abertos” – assim entendidos aqueles que não detêm caráter de proposição normativa, mas sim de ideias jurídicas diretivas “das quais se não podem obter directamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude da sua concretização na lei ou pela jurisprudência” – dos (ii) “princípios com forma de proposição jurídica” – os quais estariam “condensados numa regra imediatamente aplicável”⁷⁸³. Estes últimos concretizariam os princípios abertos. O autor menciona como exemplo de princípio aberto a proporcionalidade, por representar apenas a ideia de equilíbrio, de justa medida, que pode ser reconduzida à noção de justiça. Por sua vez, os subprincípios do “meio mais idôneo” (=“adequação”) e da “restrição menor possível” (=“necessidade”), seriam “princípios com forma de proposição jurídica”⁷⁸⁴, concretizadores da proporcionalidade.

O mesmo se poderia dizer sobre a relação existente entre o princípio da supremacia do interesse público, um “princípio aberto”, e os princípios constitucionais da Administração Pública que lhe dão concretude (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência), que representariam, nas palavras do autor, “princípios com forma de proposição jurídica”.

Note-se que a construção teórica apresentada aproxima-se muito das noções utilizadas por Bandeira de Mello, quando se refere aos princípios da supremacia do

⁷⁸¹ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 676.

⁷⁸² LARENZ, Karl. *Idem*, *Ibidem*.

⁷⁸³ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 682-683.

⁷⁸⁴ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 684.

interesse público e da indisponibilidade dos interesses públicos como ideias centrais que norteiam o Direito Administrativo contemporâneo, e sustenta a possibilidade de uma “*metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade*”⁷⁸⁵. Isso decorre do fato de ambos os autores adotarem o mesmo critério para diferenciar os princípios das regras: o *grau de fundamentalidade* da norma. As normas mais fundamentais ao sistema jurídico serão classificadas como *princípios*, por constituírem seus alicerces.

Logo, com base nesse conceito de princípios jurídicos, baseado no critério do *grau de fundamentalidade* da norma, não há qualquer problema em explicar o princípio constitucional da supremacia do interesse público a partir de outros princípios constitucionais que o concretizam. Aquele constitui um “princípio aberto”, que exige densificação através de subprincípios que lhe conferem significado, tais como a moralidade e a impessoalidade administrativas. Trata-se do mesmo “processo de esclarecimento recíproco” realizado com o princípio do Estado de Direito, cujo conteúdo jurídico se revela a partir dos princípios da legalidade, da irretroatividade das leis desvantajosas, entre outros, que, por sua vez, são explicados com base na sua dedução do princípio-matriz do Estado de Direito.

Ressalte-se que, na noção jurídica de interesse público delineada por Romeu Felipe Bacellar Filho, os princípios constitucionais do art. 37, *caput* da Constituição Federal traduzem justamente elementos que substanciam o seu conteúdo jurídico. Consoante o mencionado professor:

- (i) quanto à sua *estrutura*, o interesse público corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela Administração;
- (ii) quanto ao seu *conteúdo*, o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõem o seu núcleo fundamental: (a) a *juridicidade* e a *legalidade* administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um

⁷⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 54 (grifos no original).

todo, notadamente da Constituição Federal; (b) a *impessoalidade* administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; (c) a *moralidade* administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; (d) a *publicidade* administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; (e) a *eficiência* administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração Pública⁷⁸⁶.

Com lastro nessa definição, torna-se lógico referir-se às ideias de moralidade e impessoalidade para explicar o princípio da supremacia do interesse público, eis que tais princípios compõem o conteúdo fundamental deste último. Remete-se, aqui, à Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como ‘mandamento nuclear’ do sistema jurídico-administrativo”, oportunidade em que se pôde demonstrar qual é o significado jurídico do princípio em epígrafe para a corrente que define essa espécie normativa como “alicerce do ordenamento jurídico”.

3.2.2. Complementaridade e concordância prática dos princípios

Ademais, como manifestado no início deste item (3.2.), o fenômeno de “esclarecimento recíproco” entre os princípios decorre de uma característica inerente a essa espécie normativa: a complementaridade ou concordância prática. Esse atributo é reconhecido tanto pela corrente que define princípios como “mandamento nuclear de um sistema” (Bandeira de Mello)⁷⁸⁷ quanto pela vertente que os conceitua como “mandamentos de otimização” (Alexy)⁷⁸⁸.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, em razão da complementaridade que os caracteriza, “os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros. O seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída de todos eles, do

⁷⁸⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro... *Op. Cit.*, p. 111-112.

⁷⁸⁷ Ver Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitens “2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa ‘princípio’ na doutrina brasileira” e “2.1.2. Princípio da supremacia do interesse público como ‘mandamento nuclear’ do sistema jurídico-administrativo”.

⁷⁸⁸ Ver Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitens “2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa ‘princípio’ na doutrina brasileira” e “2.1.3. Princípio como ‘mandamento de otimização’ e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público”.

entrosamento que deles se retire”⁷⁸⁹. Nessa esteira, adverte que existem subprincípios constitucionais, que decorrem dos princípios mais gerais e os complementam.

Trata-se de uma característica própria de um sistema de princípios, denominada por Karl Larenz (com base na obra de Claus-Wilhelm Canaris) de “jogo concertado dos princípios” de igual peso nos diferentes graus de concretização⁷⁹⁰. Para o autor, é apenas nesse jogo concertado de complementação e restrição recíprocas que se consegue esclarecer o alcance e o pleno significado dos princípios.

Na mesma toada ensina J. J. Gomes Canotilho, ao identificar a existência de uma “concordância prática” entre os princípios, que atuam imbricadamente “completando-se, limitando-se e condicionando-se de forma recíproca”⁷⁹¹. Também alude o constitucionalista português a uma complementaridade através da qual se articulam os princípios constitucionais, como no caso da “forma de Estado de Direito”, que encontra conteúdo material no princípio da “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”⁷⁹². Desse modo, muito embora cada princípio guarde certa especificidade (de conteúdo, extensão e alcance), seu conteúdo é desvelado a partir das relações de complementaridade, condicionamento e imbricação com os demais.

Não é outro o ensinamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem “os princípios constitucionais possuem marca distintiva, embora atuem conjugadamente, complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos”. E continua o mencionado jurista: “Em sua interação recíproca, ocorrem *deslocações compreensivas*, ou seja, modificações no entendimento e no conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro”. Para o autor, essas relações entre os princípios explicam-se pela necessidade de se “estabelecer operações de concordância prática”⁷⁹³.

Tais lições parecem estar presentes também no pensamento de Luís Roberto Barroso, quando o constitucionalista propõe uma classificação dos princípios

⁷⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 41.

⁷⁹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito... Op. Cit.*, p. 677.

⁷⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1185.

⁷⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem*, p. 1186.

⁷⁹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar... Op. Cit.*, p. 149.

constitucionais. Segundo o referido professor, conquanto os princípios constitucionais detenham, invariavelmente, a peculiar característica de se irradiarem pelo ordenamento jurídico, nem todos ostentam idêntico espectro de incidência. Nessa linha, sugere a classificação dos princípios constitucionais em (i) *fundamentais*, que retratariam as decisões políticas estruturais do Estado, sintetizando todas as demais normas constitucionais e “comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional”; (ii) *gerais*, que possuem menor grau de abstração e representam, “normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais”; e (iii) *setoriais ou especiais*, que detêm incidência limitada a um específico conjunto de situações e, “por vezes, são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal”⁷⁹⁴.

Versando especificamente sobre a confusão do princípio da supremacia do interesse público com os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas, Fábio Medina Osório pontua que os princípios efetivamente atuam em conjunto, de modo que muitas vezes a realização de um implicará na satisfação de outro. “Daí porque nenhuma perplexidade pode causar a íntima vinculação do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado aos demais princípios constitucionais que presidem a Administração Pública”⁷⁹⁵.

Essa característica dos princípios constitucionais da Administração Pública (notadamente os da impessoalidade e da moralidade), de terem o seu conteúdo explicitado através de sua interação e complementação recíproca, é bem explanada por Odete Medauar. Os três princípios, segundo a autora, revelam-se profundamente intrincados, havendo inclusive uma instrumentalização recíproca entre eles: “assim, a impessoalidade configura-se como meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade”, ao passo que “a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade”. Arremata a jurista consignando que, apesar de nem

⁷⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* Op. Cit., p. 159-160.

⁷⁹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit., p. 93, nota de rodapé nº 36.

sempre ser possível afastar essas imbricações entre esses princípios, seu “estudo em separado atende a requisitos didáticos”⁷⁹⁶.

Aliás, essa peculiaridade dos princípios jurídicos é reconhecida inclusive por Humberto Ávila, quando assinala que “é característica própria das normas-princípios terem seu sentido resultante de limitações e complementações advindas de outras normas-princípios”⁷⁹⁷. Sendo assim, pelo fato de a complementaridade ou concordância prática retratar um traço específico dos princípios jurídicos, tal fato não pode ser oposto como um obstáculo ao enquadramento da supremacia do interesse público nessa categoria normativa.

3.2.3. Comparação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da juridicidade administrativa

Releva salientar, finalmente, que se fosse admitida a crítica de Gustavo Binbenbim, não se poderia enquadrar, tampouco, a dignidade da pessoa humana ou a juridicidade administrativa na categoria normativa de princípios jurídicos. Assim como ocorre com o princípio constitucional da supremacia do interesse público, a explicação do conteúdo jurídico de tais princípios também reclama a referência a outros princípios mais específicos que, num “processo de esclarecimento recíproco”, emprestam-lhe significação e lhe conferem sentido harmônico.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a sua íntima e indissociável conexão com a essência dos direitos fundamentais revela-se como algo tão consensual nos dias atuais, que Ingo Wolfgang Sarlet chega a afirmar que tal vinculação “já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo”⁷⁹⁸. A ideia encontra plena acolhida na doutrina estrangeira, como se extrai das obras de António Enrique Pérez Luño e Jesús González

⁷⁹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 123.

⁷⁹⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 201.

⁷⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana...* *Op. Cit.*, p. 25-26.

Pérez, na Espanha,⁷⁹⁹ e de José Carlos Vieira de Andrade e Jorge Miranda, em Portugal.⁸⁰⁰ Consoante tais autores, a dignidade da pessoa humana traduz o valor essencial que reside na base dos direitos fundamentais.

Por se tratar de um “princípio aberto”⁸⁰¹, dotado de “contornos vagos e imprecisos”⁸⁰², torna-se difícil a incumbência de conceituar de forma clara o que vem a ser a dignidade da pessoa humana (e, por consequência, determinar *a priori* o seu conteúdo). No entanto, é possível assegurar que a sua proteção exige, simultaneamente, a imposição de limites negativos e tarefas positivas aos Poderes Públicos⁸⁰³. Para que o seu conteúdo seja salvaguardado é necessário, pois, o respeito a direitos fundamentais de defesa – que outorgam um dever de abstenção do Estado e lhe proíbem de interferir indevidamente na esfera de liberdades do indivíduo –, bem como a promoção de direitos fundamentais prestacionais – que lhe obrigam a realizar ações positivas em prol do cidadão para possibilitar-lhe o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Note-se, portanto, que em razão da sua abertura semântica, a definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana é mais facilmente realizada através da referência aos direitos fundamentais, de todas as gerações (ou dimensões).⁸⁰⁴ Como a dignidade pressupõe a possibilidade de o indivíduo desenvolver de forma livre e autônoma a sua personalidade, “a liberdade e os direitos

⁷⁹⁹ PÉREZ LUÑO, António Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho, y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 324; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 97.

⁸⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 97; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV: Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 197.

⁸⁰¹ Conforme classificação de Karl Larenz, acima referida.

⁸⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana... Op. Cit.*, p. 39.

⁸⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 47.

⁸⁰⁴ Contemporaneamente, a referência às gerações (ou dimensões, como preferem alguns autores) de direitos fundamentais tem função meramente didática, não devendo ser compreendida como alusão à substituição de uma geração por outra, haja vista a relação de complementaridade entre todos os direitos, que de modo gradual e cumulativo passaram a ser reconhecidos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais. A melhor formulação para essa questão parece estar em Joaquín Herrera Flores, quando afirma não existirem gerações de direitos, mas sim gerações de problemas e violações de direitos: “não há gerações de direito, há gerações de problemas que nos obrigam a ir adaptando e readaptando nossos anseios e necessidades às novas problemáticas”. HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. In: _____ (Coord.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclee, 2000. p. 44.

fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa”⁸⁰⁵. O mesmo se diga sobre os direitos fundamentais relativos ao reconhecimento e à tutela da identidade pessoal (privacidade, intimidade, honra, imagem, nome, etc.)⁸⁰⁶. Por sua vez, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constituem condições para o exercício de tais liberdades, uma vez que sem a garantia de saúde, educação, moradia, alimentação, entre outros, não há como se admitir a existência de respeito à dignidade da pessoa humana. O raciocínio aplica-se, também, às demais espécies de direitos fundamentais.

Dessa maneira, se fosse procedente a crítica de Gustavo Binbenben – de que seria um contrassenso referir-se a um princípio jurídico cujo conteúdo normativo só pudesse ser explicado a partir da alusão a outros princípios – a dignidade da pessoa humana não poderia ser enquadrada nessa modalidade de norma jurídica. Toda situação em que houver violação à dignidade da pessoa humana implicará desrespeito a um direito fundamental (embora, segundo alguns autores, a recíproca não seja verdadeira⁸⁰⁷), razão pela qual o conteúdo do princípio será, muitas vezes, explicado a partir do desrespeito a outros princípios.

Tome-se como exemplo a posição de um indigente, sem-teto, desempregado, totalmente despojado de condições mínimas de existência digna. Como explicar que, nesse caso, está havendo violação ao princípio da dignidade da pessoa humana? Através da menção aos direitos fundamentais sociais, que também configuram princípios jurídicos: há, nessa situação, desrespeito aos direitos fundamentais à saúde,

⁸⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 85.

⁸⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 86.

⁸⁰⁷ Para parcela da doutrina, nem todo direito fundamental encontra fundamento direto da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, portanto, dizer que toda violação de direito fundamental implica ofensa à dignidade da pessoa humana. Segundo esses autores, alguns direitos inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão (Título II da Constituição Federal de 1988) seriam apenas “formalmente fundamentais”, por opção política do constituinte, em que pese seu conteúdo substancial não possa ser reconduzido de forma direta à dignidade do homem. Sobre o tema, ver: TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 4, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, p. 225-240, jul./dez. 2004.

à moradia, à educação, à alimentação, todos albergados no art. 6º da CF⁸⁰⁸. A essência do princípio da dignidade da pessoa humana é explicada, nesse passo, mediante a referência a outros princípios constitucionais que traduzem direitos fundamentais.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados, como nos casos de discriminação racial (direito fundamental à igualdade e proibição de racismo – art. 5º, *caput*⁸⁰⁹ e XLII⁸¹⁰ da CF), humilhação pública (direito fundamental à honra e à imagem – art. 5º, X⁸¹¹ da CF), tratamento desumano ou degradante (proibição à tortura – art. 5º, III⁸¹² da CF), etc. A afronta à dignidade da pessoa humana explica-se, nessas situações, pela transgressão de direitos fundamentais.

É certo que há circunstâncias em que ocorrerá violação ao princípio da dignidade da pessoa humana sem que isso acarrete ofensa a um direito fundamental expressamente tutelado no rol do Título II da Constituição (“Dos direitos e garantias fundamentais”). Mesmo nessas situações, estará ocorrendo desrespeito a outro princípio constitucional implícito: um direito materialmente fundamental. A afirmação decorre da inteligência do §2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Trata-se da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais.

A Lei Fundamental de 1988, ao prever tal disposição, admite o reconhecimento de direitos fundamentais situados fora do catálogo formal, desde que decorram dos

⁸⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁸⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (*grifei*).

⁸¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁸¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁸¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **III** - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

princípios ou do regime acolhido pela Constituição. Cite-se como exemplo uma negativa de reconhecimento jurídico a uma união estável homoafetiva. Haverá, no caso, violação a um direito materialmente fundamental: o direito à livre orientação sexual⁸¹³, decorrente da proteção constitucional da igualdade e da dignidade humana. Ainda que não expressamente inserido no rol do Título II, tal direito pode ser reconhecido como um direito fundamental dedutível do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse raciocínio presta-se a evidenciar que, para explicar o conteúdo jurídico dessa princípio, sempre será necessária uma alusão a outro princípio constitucional explícito ou implícito, vale dizer, a um direito formalmente ou materialmente fundamental. E tais direitos serão explicados, por sua vez, a partir da sua relação, em maior ou menor medida, com a dignidade da pessoa humana, num “processo de esclarecimento recíproco”⁸¹⁴. Logo, a crítica de Binensbojm não faz sentido, pois, do contrário, deveria ser igualmente dirigida ao princípio da dignidade humana: este seria desnecessário como princípio, uma vez que já existem os direitos fundamentais e os demais princípios protetivos da condição humana reconhecidos pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais.

Outro exemplo de princípio que experimenta o mesmo fenômeno é a juridicidade administrativa. O seu conteúdo traduz-se na ideia de que “o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal”⁸¹⁵. Emana desse princípio o dever do administrador público de agir em conformidade e com fundamento na Constituição,

⁸¹³ Sobre o tema, afirma Ingo Sarlet: “reportando-se expressamente à conexão entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já assume ares de consenso, também entre nós, o reconhecimento de um direito a livre orientação sexual, do que dão conta, em caráter meramente ilustrativo, a proteção jurídica das uniões homoafetivas e todas as consequências que a doutrina e jurisprudência já têm extraído”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana... Op. Cit.*, p. 105.

⁸¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito... Op. Cit.*, p. 676.

⁸¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79.

nas leis em sentido formal, nos atos administrativos normativos e nas demais fontes do Direito, como os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário⁸¹⁶.

A violação ao princípio da juridicidade administrativa só poderá ser explicada a partir da alusão a outras normas jurídicas – princípios ou regras – que tenham sido desrespeitadas pelo administrador público. A expedição de um decreto expropriatório com o intuito de prejudicar um inimigo do Governador do Estado que praticou o ato importará ofensa à juridicidade administrativa, por representar afronta aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Da mesma forma, a adoção da modalidade tomada de preços em um processo licitatório cujas características exijam a modalidade concorrência implicará infração ao princípio da juridicidade, visto que a Lei de Licitações, que integra o Direito positivo, terá sido infringida.

A comparação do princípio constitucional da supremacia do interesse público com os princípios da dignidade da pessoa humana e da juridicidade administrativa demonstra que, se fosse procedente a crítica de que não poderia existir um princípio jurídico cujo conteúdo fosse explicado mediante o recurso a outras normas mais específicas, estes últimos também não poderiam ser considerados como princípios.

É evidente que cada um desses princípios faz espargir uma “ideia jurídica geral”, nos termos utilizados por Karl Larenz, que lhes outorga especificidade. No entanto, a explicação plena da sua substância jurídica depende de um “processo de esclarecimento recíproco” realizado com outros princípios e regras jurídicas que lhes dão concretude, e que, por sua vez, neles encontram fundamento.

⁸¹⁶ Sobre a vinculação da Administração Pública aos tratados internacionais de direitos humanos, ver, por todos: COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). *Administración Pública, juridicidad y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. Conferir, também: COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez. El Derecho Administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. In: Universidad Católica Andrés Bello. *Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. t. I. Caracas: Paredes, 2007, p. 123-154.

3.3. “Incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade e com a técnica da ponderação”

De todas as críticas endereçadas ao princípio constitucional da supremacia do interesse público, a que encontrou maior acolhida e repercussão na doutrina brasileira foi a afirmação da sua suposta incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade⁸¹⁷ e com a técnica da ponderação. Nesse sentido manifesta-se Daniel Sarmiento, ao pontuar que “talvez a mais séria objeção dogmática ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja a de que ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade”⁸¹⁸.

Lastreados, em sua vasta maioria, na concepção de princípio proposta por Robert Alexy, determinados autores sustentam tal antagonismo sob o argumento de que num sistema normativo inexiste princípio jurídico absoluto, que sempre deva prevalecer sobre os demais. Conforme já mencionado⁸¹⁹, na construção teórica do jurista alemão, um dos principais traços que distingue as normas-princípio das normas-regra é o fato de que, enquanto estas impõem uma razão definitiva de decidir⁸²⁰, aquelas estabelecem um dever *prima facie*, ao determinar que algo seja realizado em sua maior medida diante das possibilidades de fato e de direito presentes no caso concreto⁸²¹. Os princípios, pois, diferentemente das regras, não confeririam deveres absolutos, de sorte que a ordem por eles emanada poderia ser afastada, sempre que as circunstâncias concretas e a incidência de outros princípios de mesma hierarquia normativa assim o exigissem.

⁸¹⁷ Conforme já se referiu na nota de rodapé nº 480, a proporcionalidade é definida por alguns autores como *princípio*, por outros como *regra* e por outros como *postulado normativo*. Por conta da irrelevância desse debate para o estudo vertente, aqui se aludirá à norma como *princípio*, em virtude da tradição do uso dessa expressão na doutrina e na jurisprudência nacionais e estrangeiras.

⁸¹⁸ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 99.

⁸¹⁹ Parte I, Capítulo 2, item 2.1., subitem “2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa “princípio” na doutrina brasileira”.

⁸²⁰ A menos que se haja estabelecido uma cláusula de exceção. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 82.

⁸²¹ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 67.

Em caso de colisão, não poderia haver uma precedência *a priori* de uma norma principiológica sobre outra: seria necessário, em cada caso, realizar um sopesamento para concluir qual delas deveria exercer um peso maior diante das circunstâncias fáticas e jurídicas ali presentes⁸²². A resolução da colisão dar-se-ia através da aplicação do princípio da proporcionalidade, que conduziria à adoção da medida mais adequada (subprincípio da *adequação*), menos restritiva aos princípios que cederam passo à norma prevalente naquela situação (subprincípio da *necessidade*), e mais consentânea com a valoração dos bens jurídicos e interesses em jogo (subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*)⁸²³.

Com fulcro nesse raciocínio, tais autores denunciam a impossibilidade de se considerar a supremacia do interesse público como um princípio, já que, supostamente, a norma teria como conteúdo a determinação *a priori* e permanente de preponderância de um bem jurídico sobre os demais, tornando-se incompatível com a técnica da ponderação. O princípio em questão, segundo Patrícia Baptista, “ao trazer em si uma predefinição do resultado que deve advir de sua aplicação, (...) comporta pouca, ou nenhuma, possibilidade de gradação ou ponderação quando em conflito com outros princípios do ordenamento jurídico”⁸²⁴.

É o que sugere Daniel Sarmiento, ao propugnar que o princípio em referência, “ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido”, desconsiderando as “nuances do caso concreto, e impondo o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto”⁸²⁵. Idêntica é a posição de Gustavo Binzenbojm⁸²⁶.

⁸²² ALEXY, Robert. *Idem*, p. 72.

⁸²³ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 91-95.

⁸²⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 189.

⁸²⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 100.

⁸²⁶ Acompanhando a assertiva de Daniel Sarmiento, adverte o autor que “não há como conciliar no ordenamento jurídico um ‘princípio’ que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 98.

Humberto Ávila, igualmente, alega que a prevalência abstrata do interesse público sobre o interesse privado presente na norma sob exame elimina “a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima relação das normas em conflito (...) sejam ponderadas”⁸²⁷. Questiona ainda o fato de que “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação”⁸²⁸, chegando à conclusão de que “*conceitualmente*, ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas”⁸²⁹.

Na mesma trilha, Alexandre Santos de Aragão acena para a impossibilidade de se pressupor a prevalência do interesse público sobre o privado, nos casos em que não haja expressa determinação legislativa ou constitucional, propondo um dever do intérprete de “realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados”⁸³⁰.

A refutação da crítica ora enunciada demanda uma explicação detalhada, que pode ser seccionada em três etapas: (3.3.1.) a inexistência de incompatibilidade com a técnica da ponderação, em razão do duplo caráter normativo – princípio e regra – da supremacia do interesse público; (3.3.2.) a configuração similar do princípio da supremacia constitucional e a contradição dos autores supramencionados quando tratam do princípio da dignidade da pessoa humana; e (3.3.3.) a compatibilidade do princípio da proporcionalidade com o princípio da supremacia do interesse público.

⁸²⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 186-187.

⁸²⁸ ÁVILA, Humberto. *Idem*, p. 186.

⁸²⁹ ÁVILA, Humberto. *Idem*, p. 215.

⁸³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

3.3.1. A ponderação diante do duplo caráter normativo da supremacia do interesse público: norma-princípio e norma-regra

Inicialmente, cabe consignar que, como visto, a concepção de princípio adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello (alicerce de um sistema⁸³¹) parece assemelhar-se à construção oferecida por Karl Larenz. E este autor, em mais de uma passagem de sua obra, admite expressamente a existência de hierarquia valorativa entre princípios constitucionais, sem com isso rejeitar a técnica da ponderação.

Após analisar uma série de casos de colisão de princípios constitucionais julgados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Larenz deduz como primeiro passo da ponderação de bens a necessidade de “saber se, segundo a «ordem de valores» contida na Lei Fundamental, se pode estabelecer uma clara prevalência valorativa de um dos bens aqui em questão face ao outro”⁸³². Logo em seguida, aduz o autor: “Haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde um escalão superior ao de outros bens, em especial os bens materiais”⁸³³. Só nos outros casos, em que se tratar “de direitos de igual escalão (...) ou de bens cuja disparidade exclui uma comparação abstrata”, é que se aplicarão “os princípios da proporcionalidade, do meio mais idóneo ou da menor restrição possível”⁸³⁴.

Em outra oportunidade, explica ser característico de um sistema normativo “em primeiro lugar, a existência de uma certa ordem hierárquica interna; mas, em segundo lugar, o jogo concertado, não totalmente «pré-programado» dos diferentes princípios de igual peso nos diferentes graus de concretização”⁸³⁵. E continua: “No que toca à «ordem hierárquica interna», é claro que a Lei Fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana do que aos bens materiais”⁸³⁶. Portanto, na medida em que há uma ordem hierárquica passível de ser extraída da Constituição, os princípios de valor mais elevado deverão prevalecer sobre os demais,

⁸³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais... *Op. Cit.*, p. 284.

⁸³² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito...* *Op. Cit.*, p. 585-586.

⁸³³ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 586.

⁸³⁴ LARENZ, Karl. *Idem*, *Ibidem*.

⁸³⁵ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 676-677.

⁸³⁶ LARENZ, Karl. *Idem*, p. 677.

de sorte que a ponderação só ocorrerá nos casos em que colidirem princípios de igual escalão.

Parece ser essa a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em manifestações recentes tem advogado a existência de princípios absolutos e princípios relativos no ordenamento jurídico brasileiro⁸³⁷. Na visão do autor, a supremacia do interesse público, por constituir condição necessária para a sobrevivência dos próprios interesses privados, representaria valor de tamanha importância na conformação de uma sociedade que justificaria a sua condição de princípio absoluto. E não há qualquer problema nisso, por um motivo já explanado⁸³⁸: a grande confusão em que incorrem alguns autores consiste em acreditar que só existe um conceito de *princípio jurídico*. O critério utilizado por Bandeira de Mello e por Larenz para definir essa categoria normativa é o *grau de fundamentalidade* da norma, e não a sua *estrutura lógico-normativa* (tal como adotam Ronald Dworkin e Robert Alexy). Assim, aquelas normas que Celso Antônio chama de “princípios absolutos” serão rotuladas como “regras” por Dworkin ou Alexy, por instituírem uma ordem *definitiva* e não *prima facie*.

Logo, aceitar a existência de normas jurídicas que traduzem direitos e deveres *definitivos*, não sujeitos à ponderação, não reatua um absurdo jurídico, como parecem insinuar aqueles autores que rejeitam o princípio da supremacia do interesse público. A própria corrente teórica acolhida por muitos deles (notadamente aquela delineada por Alexy) admite que determinadas normas – as regras – imponham razões *definitivas* para decidir. O que se passa é que, enquanto eles utilizam esse critério – forma de incidência da norma – para distinguir os princípios das regras, outros autores, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, baseiam-se no critério do *grau de fundamentalidade* do comando normativo para traçar essa diferenciação.

Em última análise, o que se pretende deixar claro é o seguinte: ambas as correntes admitem a existência de determinadas normas jurídicas que incidem de forma absoluta e de outras que se aplicam de maneira relativa. Para alguns, esse é o

⁸³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A supremacia do interesse público. In: *XI Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Conferência de encerramento proferida em 27.08.2010. Curitiba: Instituto Paranaense de Direito Administrativo, 2010.

⁸³⁸ Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.1.1. As distintas compreensões acerca da categoria normativa “princípio” na doutrina brasileira”.

critério para distinguir se uma norma é uma regra ou um princípio (v.g., Alexy), mas para outros não (v.g., Bandeira de Mello). Assim, o que certos autores chamam de *princípios*, outros chamarão de *regras*.

No caso da norma constitucional da supremacia do interesse público, a dificuldade de parcela da doutrina em aceitar a sua aplicação de modo absoluto, não sujeito à ponderação, repousa sobre um aspecto de crucial importância: o mandamento em questão possui duas dimensões distintas, incidindo de forma ora absoluta, ora relativa, conforme o tipo de colisão de interesses que estiver em jogo. Segundo a proposta formulada neste trabalho⁸³⁹, se o conceito de princípio escolhido for o de *mandamento de otimização* (consoante a classificação das normas jurídicas delineada por Robert Alexy⁸⁴⁰), deve-se reconhecer na supremacia do interesse público um duplo caráter normativo: de norma-princípio e de norma-regra.⁸⁴¹

Alexy, ao examinar as três objeções ao conceito de princípio⁸⁴², refere-se à crítica que admite a existência de princípios absolutos, pautada no exemplo do art. 1, parágrafo 1, frase 1 da Lei Fundamental de Bonn, segundo o qual “A dignidade

⁸³⁹ Parte I, Capítulo II – “A postura jurídica do princípio”, especialmente no item 2.1., subitem “2.1.3. Princípio como ‘mandamento de otimização’ e o duplo caráter normativo da supremacia do interesse público” e no item “2.3. Supremacia do interesse público e suas distintas manifestações”.

⁸⁴⁰ A referência ao marco teórico adotado faz-se imprescindível, visto que é incoerente referir-se às teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin sobre a distinção entre princípios e regras como se fossem iguais. Dworkin, ao distinguir os princípios das regras, afirma que o conflito entre estas se resolve pela lógica do “tudo ou nada” (“*all or nothing at all*”), declarando-se a invalidez de uma delas, ao passo que a colisão de princípios é resolvida por uma dimensão de peso, que cada um ostentará no caso concreto (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* Op. Cit., p. 39). E vai além, sustentando que os padrões gerais que se distinguem das regras comportam duas espécies: *princípios* (relativos a direitos individuais) e *diretrizes políticas* (relativas a metas coletivas) (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* Op. Cit., p. 128 et seq.). Ao traçar essa distinção, Dworkin afirma que os *princípios*, definidores de direitos, jamais podem ser ponderados e afastados em razão de *diretrizes políticas* definidoras de metas coletivas, devendo sempre prevalecer. Tal concepção é incompatível com a doutrina de Robert Alexy, segundo a qual os princípios, ao colidirem, deverão necessariamente submeter-se a uma ponderação (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 70 et seq.). Aliás, o próprio Alexy adverte em sua obra que, embora a sua construção se pareça com a de Dworkin, elas se diferenciam (ALEXY, Robert. *Idem*, p. 68-69, nota de rodapé nº 27). E uma dessas diferenças reside justamente no fato de Alexy adotar um conceito amplo de princípio, que engloba tanto direitos individuais quanto bens da coletividade, ao passo que Dworkin considera como princípios propriamente ditos somente os definidores de direitos individuais, formulando uma concepção mais restrita (ALEXY, Robert. *Idem*, p. 91).

⁸⁴¹ A ideia foi originariamente lançada por Fábio Medina Osório, conquanto sem maiores desenvolvimentos. OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit., p. 102-105.

⁸⁴² A invalidez dos princípios, os princípios absolutos e a amplitude do conceito de princípio. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 85-91.

humana é intangível”. Rejeitando a crítica, Alexy sustenta que, embora o dispositivo transpareça efetivamente um caráter absoluto, o que ocorre na realidade é que a Constituição trata a dignidade da pessoa humana em parte como *regra*, em parte como *princípio*.⁸⁴³

O conteúdo da *norma-regra* da dignidade humana será definido a partir da prevalência ou não da *norma-princípio* da dignidade na situação concreta. Nos casos em que outros princípios constitucionais, ao colidirem com o da dignidade humana, prevalecerem, a *regra* da dignidade não estará sendo lesionada⁸⁴⁴. Foi o que afirmou o Tribunal Constitucional Federal na sentença sobre a prisão perpétua, consignando que a “dignidade humana (...) tampouco é lesionada quando a execução da pena é necessária devido à permanente periculosidade do detido e, por essa razão, não está permitido o indulto”⁸⁴⁵. Assim, sob as condições daquele caso concreto, a proteção da comunidade estatal teria prevalência sobre o *princípio* da dignidade humana, fato que implicaria a inexistência de ofensa à *regra* dedutível da mesma norma.

Se mudassem as circunstâncias fáticas e o resultado da ponderação apontasse para a prevalência da *norma-princípio* da dignidade da pessoa humana, a manutenção da prisão importaria violação à *norma-regra* da dignidade da pessoa humana. E, como são pouquíssimas as razões jurídico-constitucionais que justificam a preponderância de outros princípios sobre a dignidade da pessoa humana, na maior parte das vezes a *regra* da dignidade se aplicará, impondo uma razão definitiva de decidir em favor do ser humano⁸⁴⁶.

A norma constitucional da supremacia do interesse público ostenta o mesmo caráter normativo dúplice. Como *norma-regra*, ela determina que todo *interesse público em sentido amplo*, assim considerado o *interesse juridicamente tutelado* (*direito subjetivo* ou *interesse legítimo*), deve prevalecer de forma definitiva sobre qualquer *interesse privado* (*interesse puro e simples*, sem respaldo no ordenamento jurídico, ou *interesse ilícito*). Com isso, a norma afasta a possibilidade de um interesse

⁸⁴³ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 87.

⁸⁴⁴ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 88.

⁸⁴⁵ BVerfGE 45, 187 (242). Citada por ALEXY, Robert. *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁴⁶ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 89.

exclusivamente particular preponderar sobre um interesse da coletividade (*interesse geral*), ou do indivíduo enquanto membro da sociedade (*interesse individual juridicamente protegido*). Nesse aspecto, a norma da supremacia do interesse público, por revelar-se como *regra*, deverá ser aplicada como uma razão *definitiva* de decidir.

Por sua vez, a mesma norma pode apresentar-se como um *princípio* jurídico, significando a prevalência *prima facie* do *interesse público em sentido estrito* (da coletividade em si mesma considerada) em face dos *interesses específicos (individuais ou coletivos)*, tutelados pelo ordenamento), a qual pode ser afastada conforme as condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Nessa dimensão, a norma da supremacia do interesse público, por revestir-se de feição principiológica, está sujeita à ponderação com os demais princípios constitucionais, cujo resultado poderá, eventualmente, implicar a preponderância de um *interesse individual* ou *coletivo* sobre um *interesse geral* (da coletividade). A explicação desse raciocínio já foi amplamente elaborada na Parte I, Capítulo II deste estudo.

Essa segunda dimensão do princípio constitucional da supremacia do interesse público, que admite o seu afastamento nos casos concretos, é batizada por Daniel Sarmiento de “versão fraca” da supremacia do interesse público, segundo a qual “em casos de conflito, ao invés de uma primazia *a priori* e absoluta do interesse público sobre o particular, ter-se-ia apenas uma regra de precedência *prima facie*”⁸⁴⁷. O autor contesta essa visão, uma vez que sob tal perspectiva, “os direitos fundamentais, já na largada do processo ponderativo, partem em franca desvantagem em relação aos interesses públicos”⁸⁴⁸, contrariando o influxo do sistema constitucional pátrio. Arrima-se na posição de Robert Alexy, de que, no caso de colisão entre um direito individual e um bem da coletividade, aquele deve ter preferência *prima facie*. A regra, pois, seria a prevalência do interesse individual sobre o da coletividade, de modo que a preponderância deste último exigiria um ônus argumentativo maior.⁸⁴⁹

Discorda-se do autor por dois motivos. O primeiro deles é que, como se pôde demonstrar anteriormente, uma leitura sistemática da Constituição brasileira de 1988

⁸⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 101.

⁸⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 102.

⁸⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 103-105.

conduz a conclusão diversa.⁸⁵⁰ A prevalência do interesse da coletividade se extrai de elementos do Preâmbulo, dos princípios fundamentais da República, dos direitos fundamentais (inclusive os de caráter individual, já que o seu próprio gozo pressupõe a sua limitação e condicionamento para permitir o exercício harmônico de todos os titulares desses direitos), bem como de diversas outras passagens do texto constitucional. A segunda razão consiste no fato de que essa dimensão principiológica da norma em apreço, que estabelece que o *interesse público em sentido estrito* (*interesse geral*) seja realizado em sua máxima medida, podendo inclusive prevalecer sobre *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*, protegidos pelo ordenamento), submete-se a requisitos específicos.⁸⁵¹ E um deles consiste justamente na necessidade de uma previsão normativa específica, que confira competência a autoridade administrativa para, no caso concreto, fazer prevalecer o interesse da coletividade. Portanto, essa preponderância do *interesse geral* sobre outros interesses *individuais* e *coletivos* amparados pelo Direito positivo é estabelecida pelo próprio sistema normativo, razão pela qual não há qualquer problema nisso.

Com isso se pode inferir que, num primeiro momento, a *norma-regra* da supremacia do *interesse público em sentido amplo* sobre o *interesse privado* estabelece que a Administração Pública não deve levar em conta, no processo de ponderação: (i) o *interesse puro e simples* do indivíduo (não proibido, nem tutelado), quando esse colidir com um interesse juridicamente protegido (*direito subjetivo* ou *interesse legítimo*); (ii) os *interesses ilícitos*. Num segundo momento, se houver colisão entre dois interesses juridicamente tutelados, aí sim a Administração deverá ponderar os interesses em jogo, aplicando a *norma-princípio* da supremacia do *interesse público em sentido estrito* sobre os *interesses específicos*, que determina a prevalência *prima facie* do *interesse geral* (da coletividade) sobre os *interesses individuais* ou *coletivos* (também protegidos normativamente).

Nessa linha, Domingo Juan Sesín reconhece a necessidade de a Administração valorar e ponderar todos os interesses secundários envolvidos, inclusive os dos

⁸⁵⁰ Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem “1.3.3. Interpretação sistemática da Constituição” e Parte II, Capítulo 3, item 3.1., subitem “3.1.3. Respaldo do princípio no sistema constitucional brasileiro”.

⁸⁵¹ Parte I, Capítulo 2, item 2.3., subitem “2.3.3. Requisitos indispensáveis à aplicação do princípio”.

particulares, no momento de tomar uma decisão administrativa que resulte da colisão de diversos interesses. No entanto, o autor ressalta que tal ponderação “deve inspirar-se no interesse da coletividade considerado em sentido genérico e objetivo” e que “depois de valorados discricionariamente os variados elementos concorrentes, a Administração seleciona em ordem a uma determinada situação, porque nela se verifica um caso concreto que para o interesse coletivo constitui o melhor”⁸⁵².

Portanto, afirmar que a Administração Pública deve exercer juízos de ponderação ao tomar decisões é uma obviedade. É algo de palmar evidência, que sempre cogitou no Direito Administrativo. No entanto, *não é todo e qualquer interesse que irá integrar o processo de ponderação*. Muitos deles devem ser descartados de plano. Note-se que a própria Patrícia Baptista, que defende a substituição do princípio da supremacia do interesse público pela ideia de ponderação de interesses reconhece isso: “nem todos os interesses admitem ponderação pela Administração. Como irrelevantes, em princípio, se poderiam apontar os interesses sem proteção jurídica”⁸⁵³. Não entrariam, assim, no processo de ponderação: (i) “os interesses não reconhecidos pelo ordenamento jurídico”; (ii) “os manifestamente insignificantes para o contexto decisório – como são os interesses de fato e aqueles particulares dos sujeitos interessados sem conexão com o objeto da norma aplicável”; (iii) “os interesses ilícitos” e, por fim, (iv) “os interesses pessoais do julgador administrativo ou de terceiros que por ele tenham sido incorporados”.⁸⁵⁴

Esses interesses que a autora reconhece como “insuscetíveis de ponderação em qualquer decisão” é o que aqui se chama de *interesses privados*. Por isso parece contraditória a sua afirmação de que “A aplicação dos critérios de proporcionalidade à ponderação de interesses pela Administração conduz, ademais, à impossibilidade de se fixar, de antemão, a primazia de qualquer um dos interesses em confronto”⁸⁵⁵. Isso porque, linhas antes a autora admite que há uma parcela de interesses que, de antemão, sequer entram no processo ponderativo. Em outras palavras, há um conjunto de

⁸⁵² SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica...* Op. Cit., p. 142.

⁸⁵³ BAPTISTA, Patrícia. Op. Cit., p. 210.

⁸⁵⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Idem, Ibidem*.

⁸⁵⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Idem*, p. 214.

interesses que necessariamente terá primazia no resultado da ponderação: os interesses considerados como *públicos* (*lato sensu*).

É pouco mais que evidente que, ao tomar uma decisão, a Administração Pública deve ponderar os interesses envolvidos. A grande questão é que isso não implica, por razão alguma, situar no mesmo patamar o *interesse público em sentido amplo* e os interesses privados. A esse respeito, Alejandro Nieto comenta que o exame da jurisprudência europeia proporciona a surpresa de que os tribunais ignoram a complexidade das relações entre interesse público e interesses privados e da discussão sobre sua transcendência ou imanência. Ignorando todo o esforço empreendido pela Teoria do Estado para desvendar a problemática do conteúdo e das distinções entre esses interesses, eles tratam desses conflitos de forma muito mais simples, “pragmática e casuística”⁸⁵⁶: consideram como uma colisão de vários interesses, tendo a Administração (e posteriormente, se houver questionamento judicial, o juiz) como única tarefa a de ponderá-los e determinar qual deve prevalecer no caso concreto.

A crítica se encaixa perfeitamente aos opositores do princípio da supremacia do interesse público, que propõem a sua substituição pela adoção “pragmática e casuística” da ponderação, sem levar em conta a complexidade da temática. Olvidam tais autores que a lógica própria do Estado absolutista, que opunha o interesse do soberano a todo e qualquer interesse, justificando inclusive a suspensão da aplicação de determinada lei favorável ao indivíduo e prejudicial ao interesse do Estado, não guarda relação alguma com a concepção contemporânea do princípio em tela. Hodiernamente, os demais interesses são também levados em conta. A diferença é que, conforme salienta com sobras de razão Alejandro Nieto, hodiernamente a supremacia do interesse público opera de forma contrária: se antes se privilegiava o governante como encarnação do poder político, nos dias atuais, a Constituição transformou-se e leva em conta os cidadãos como parte do Estado⁸⁵⁷.

Assim, ao resolver-se um conflito de interesses, devem ser utilizados os critérios constitucionais, que são democráticos e englobam uma série de interesses

⁸⁵⁶ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2241-2242.

⁸⁵⁷ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2242.

individuais, igualmente assegurados⁸⁵⁸. Do que se pode concluir que *embora haja, efetivamente, uma ponderação de interesses, só poderão entrar em jogo os interesses juridicamente tutelados, em especial pelas normas constitucionais, que consubstanciam, todos eles, interesses públicos em sentido amplo*. É nesse sentido que invariavelmente um interesse qualificado como público (*lato sensu*) irá prevalecer.

Repise-se, desse modo, que não há uma posição de perene igualdade entre interesse público e interesse privado, suscetível, em cada caso, de ponderação pela Administração, como parece sustentar Paulo Schier⁸⁵⁹. Assiste razão a Emerson Gabardo, para quem:

aceitar o argumento de Schier implicaria admitir, por exemplo, que o Estado deveria seguir tanto o princípio da legalidade, quanto o da autonomia, pois ambos devem ser ponderados na situação concreta; ou ainda, que existiria tanto o princípio da publicidade dos atos administrativos, quanto o do sigilo dos atos administrativos; ou que haveria tanto o princípio da impessoalidade quanto o da pessoalidade, pois em algumas situações, a decisão pode pautar-se por um ou por outro (...) ⁸⁶⁰.

Inexiste, pois, uma liberdade plena conferida ao administrador público para ponderar, em cada caso concreto, todo e qualquer interesse envolvido na tomada de uma decisão administrativa. A norma constitucional da supremacia do interesse público impõe, como *regra*, o afastamento definitivo dos *interesses privados (interesse puro e simples ou interesses ilícitos)* quando colidentes com o *interesse público em sentido amplo (direitos subjetivos ou interesses legítimos)*; e determina, como *princípio*, a preponderância *prima facie* do interesse da coletividade sobre outros interesses individuais ou coletivos, quando ambos estiverem *juridicamente tutelados*, e nas precisas hipóteses estabelecidas pelo Direito positivo.

Quando estiver em jogo a *norma-princípio* da supremacia do interesse público, em colisão com outros princípios constitucionais, é possível reconhecer-lhe diferentes graus de aplicação, podendo o interesse público ser alcançado com maior ou menor intensidade, conforme a situação concreta. Por isso discorda-se de Ávila quando aduz

⁸⁵⁸ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 2243.

⁸⁵⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. Cit.*, p. 242.

⁸⁶⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 295-296.

que “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação”⁸⁶¹.

Se o *interesse público em sentido amplo*, conforme se propôs anteriormente, revela-se como o *interesse protegido pelo ordenamento jurídico*, em casos de colisão de princípios, quanto maior o número e a intensidade dos valores jurídicos resguardados após o processo de ponderação, maior será o grau de preservação do *interesse público (lato sensu)*. É o posicionamento de Héctor Jorge Escola, segundo o qual o grau mais elevado do interesse público será aquele que realizar na maior extensão possível os valores constitucionais, especialmente aqueles definidos como objetivos do Estado. Os interesses públicos de gradação mais inferior podem ser subsumidos a outros de maior gradação, até serem reconduzidos aos grandes objetivos inscritos no Preâmbulo da Constituição⁸⁶².

Consoante o jurista, o grau dos interesses públicos alcançados por uma decisão administrativa não resultará somente “da maior ou menor extensão dos grupos majoritários que participam deles, mas também de sua maior ou menor aproximação dos interesses públicos mais superiores, e a sua participação mais ou menos direta com o alcance dos mesmos”⁸⁶³. Ele dependerá, portanto, da sua proximidade com as grandes finalidades estabelecidas pelo Preâmbulo constitucional⁸⁶⁴. Não é diverso o entendimento de Luís Roberto Barroso, de cujas lições se depreende que “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”⁸⁶⁵.

Admite-se, destarte, que a norma da supremacia do interesse público, em sua dimensão *principiológica*, possa ser ponderada e até mesmo afastada no caso concreto, comportando aplicações de distintas gradações. Quanto mais próxima a decisão

⁸⁶¹ ÁVILA, Humberto. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 181. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 95.

⁸⁶² ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 259.

⁸⁶³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem, Ibidem*.

⁸⁶⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 261.

⁸⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público... *Op. Cit.*, p. xv.

administrativa estiver dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais fundamentais do Título I (art. 1º ao 4º) da CF e dos valores inscritos no Preâmbulo da Lei Maior, mais intenso será o grau de preservação do interesse público.

3.3.2. O exemplo do princípio da supremacia constitucional e a contradição em relação ao princípio da dignidade humana

O desenvolvimento da explicação acima esboçada pode ser promovido por meio de uma comparação entre o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da supremacia constitucional (ou princípio da constitucionalidade). Se o entendimento ora acolhido estiver correto, a eventual procedência da crítica em foco fulminaria igualmente este último princípio, tão celebrado pelos próprios críticos da supremacia do interesse público.

Observou-se que tais autores consideram incompatível com a noção de princípio jurídico a existência de uma norma que estabeleça, *a priori*, a supremacia de determinado valor ou bem jurídico sobre outros. Ocorre que o princípio da constitucionalidade (ou da supremacia constitucional) determina exatamente o mesmo: a supremacia dos valores albergados nas disposições constitucionais sobre aqueles protegidos por normas de inferior escalão hierárquico⁸⁶⁶. De antemão, tal princípio define que, em caso de colisão, as disposições constitucionais deverão prevalecer em relação aos comandos infraconstitucionais.

O princípio é concebido com essa exata formulação – “supremacia da Constituição” – pela mais abalizada doutrina constitucional nacional⁸⁶⁷ e

⁸⁶⁶ Ressalte-se, por oportuno, que tal princípio pressupõe a existência de uma Constituição escrita e rígida (maior complexidade e dificuldade para a alteração das normas constitucionais do que para a mudança das demais normas jurídicas). Cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

⁸⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...* *Op. Cit.*, p. 32 *et seq*; SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 45; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 53-55; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* *Op. Cit.*, p. 71, 165 *et seq*; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 49-50; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 296.

estrangeira⁸⁶⁸. Logo, cuida-se também de um *princípio de supremacia*. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, pode-se retirar desse princípio a ordem de que a Constituição “goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem”⁸⁶⁹. Ele impõe, segundo Canotilho, a aceitação de que a lei constitucional substancia “verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição**”⁸⁷⁰.

A doutrina costuma distinguir a supremacia *material* da Constituição de sua supremacia *formal*. A primeira decorre do fato de que as normas constitucionais dizem respeito às decisões mais importantes da coletividade⁸⁷¹. Dada a sua relevância na sociedade e no ordenamento jurídico, elas são dotadas de supremacia *material*, pois a sua essência revela o pacto político estabelecido pelos cidadãos no processo constituinte. Como consequência, a supremacia *material* determina que todo o conteúdo das normas infraconstitucionais deve estar de acordo com a substância das disposições constitucionais⁸⁷².

Já supremacia *formal* da Constituição, segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, propugna que as disposições constitucionais sejam “produzidas por um processo especial, mais solene do que o exigido para a elaboração das normas ordinárias”⁸⁷³. Ela depende da existência de uma Constituição escrita e rígida, cujo processo de modificação seja mais dificultoso se comparado ao processo de alteração das demais normas jurídicas, ensejando a diferenciação entre lei constitucional e leis ordinárias a partir de seu procedimento de elaboração⁸⁷⁴. Em suma, a supremacia *formal* significa que as normas contidas na lei constitucional, em razão do seu

⁸⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 246-247 (grifos no original); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2006. p. 61. Utilizando a fórmula “princípio da constitucionalidade”: MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 [1968]. p. 16 et seq.

⁸⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* Op. Cit., p. 71.

⁸⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 246 (grifos no original).

⁸⁷¹ Dizem respeito à: (i) estruturação e organização do Estado; (ii) criação de órgãos e atribuição de competências; (iii) enumeração dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Cf.: FERRARI, Regina. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...* Op. Cit., p. 57.

⁸⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 246.

⁸⁷³ FERRARI, Regina. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...* Op. Cit., p. 58.

⁸⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...* Op. Cit., p. 31-32.

complexo processo de criação, são formalmente superiores àquelas inseridas nas leis ordinárias, devendo sobre elas prevalecer.

Tomando-se por base essa distinção, é possível inferir que o princípio da constitucionalidade (ou da supremacia da Constituição), apresenta estrutura normativa similar à do princípio da supremacia do interesse público. Nele, podem ser identificadas duas dimensões normativas: a supremacia *formal* e a supremacia *material* da Constituição. A primeira constitui uma *norma-princípio*, ao passo que a segunda representa uma *norma-regra* (nos termos da classificação de Robert Alexy).

A supremacia *formal* constitui um *princípio*, que determina *prima facie* a prevalência de todas as normas de hierarquia constitucional sobre as normas situadas em patamar infraconstitucional. Sujeita-se à ponderação, já que pode ser, eventualmente, afastado em hipóteses excepcionais, como se verá a seguir. Ao seu turno, a supremacia *material* da Constituição traduz-se como uma *norma-regra* jurídica, que estabelece uma razão definitiva de decidir em favor da axiologia constitucional (prevalência dos valores constitucionalmente assegurados em face dos demais). Isso porque, num processo de ponderação, só se pode concluir pela não-aplicação de certas normas constitucionais com base em fundamentos *materialmente* constitucionais (segurança jurídica, proibição de retrocesso social, etc.). Sempre haverá, portanto, a prevalência de um valor *materialmente* constitucional.

Exemplifique-se com a hipótese de omissão legislativa inconstitucional parcial (ou relativa), em que o legislador, ao regulamentar determinado dispositivo constitucional, aja de forma insuficiente ou deficiente⁸⁷⁵. É o caso, por exemplo, de uma lei que institua um benefício a determinada categoria de servidores públicos, sem estendê-lo a outras que deveriam ser igualmente favorecidas, incorrendo em ofensa ao princípio da igualdade (“exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”⁸⁷⁶). Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal deverá, em regra, declarar inconstitucional a omissão e determinar a suspensão da aplicação dos

⁸⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 96.

⁸⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...* Op. Cit., p. 327; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 294.

dispositivos impugnados, por força da norma que determina a supremacia constitucional. No entanto, a Corte, ponderando valores constitucionais, poderá deixar de declarar a nulidade da lei por considerar que tal opção implicaria em desrespeito ainda maior à ordem constitucional.

Um exemplo disso seria a regulamentação legislativa do art. 7º, IV da Constituição Federal, que assegura ao trabalhador o direito a um “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)”. Se o Supremo Tribunal Federal se deparar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que suscite a deficiência de uma lei que estabeleceu um valor ínfimo para o salário mínimo, contrariando com isso a exigência constitucional, a suspensão da sua aplicação implicará um agravamento no estado de inconstitucionalidade, por resultar em retrocesso social.⁸⁷⁷ Em razão disso estará justificada a continuidade da aplicação da lei, até que o legislador promova a correção dessa situação. *Formalmente*, uma norma prevista em disposição constitucional (art. 7º, IV da CF) deixará de prevalecer sobre a lei ordinária. O *princípio* da supremacia *formal* das normas constitucionais terá sido afastado. Mas *materialmente*, terá havido prevalência de um valor constitucional (proibição de retrocesso social), de sorte que a *regra* da supremacia *material* da Constituição haverá sido aplicada.

Outro bom exemplo consiste na modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. O art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99⁸⁷⁸ autoriza que o Supremo Tribunal Federal, na declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”⁸⁷⁹, restrinja os efeitos da declaração ou fixe o momento a partir do qual ela terá

⁸⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem*, p. 298.

⁸⁷⁸ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁸⁷⁹ Lei Federal nº 9.868/99: “**Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração

eficácia. A manutenção dos efeitos produzidos por uma lei, ainda que inconstitucional, pode traduzir exigência do princípio da segurança jurídica. Se o STF decide por estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade terá efeitos somente a partir da data da decisão, no período anterior terá havido, *formalmente*, uma prevalência da lei ordinária sobre a norma constitucional violada⁸⁸⁰. Mas *materialmente*, a Constituição continua prevalecendo, pois a segurança jurídica desfruta de posição axiológica constitucional.⁸⁸¹

Situação similar enfrenta a norma da supremacia do interesse público. Uma de suas dimensões – *norma-regra* – consiste na supremacia do *interesse público em sentido amplo*: todos aqueles interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Esses sempre deverão prevalecer quando contrapostos com *interesses privados* (não diretamente tutelados pelo Direito). A outra faceta da norma referida – *norma-princípio* – é a prevalência do *interesse público em sentido estrito*: o interesse da coletividade juridicamente tutelado (*interesse geral*). A *norma-princípio* determina, *prima facie*, que este último seja realizado em sua máxima medida, inclusive prevalecendo sobre os interesses individuais e coletivos também amparados no ordenamento. Mas esse *interesse geral* poderá, eventualmente, ceder aos *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*) protegidos pelo ordenamento jurídico, se as condições fáticas e jurídicas assim o exigirem.

ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁸⁸⁰ Veja-se, como exemplo, a seguinte decisão: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 122.202. Relator Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 10.09.1993, DJ 08.04.1994.

⁸⁸¹ A respeito do tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e da necessidade de sua modulação em função de outros valores juridicamente relevantes como a boa-fé e a segurança jurídica, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 19, São Paulo: RT, p. 279-307, abr./jun. 1997.

O mesmo fenômeno ocorre com o princípio da constitucionalidade no exemplo dado acima, em que embora a norma legal atentatória contra o art. 7º, IV da CF prevaleça, afastando a norma *prima facie* que impõe a supremacia *formal* das disposições constitucionais, estará preponderando o valor jurídico da proibição de retrocesso social, que ostenta igualmente patamar constitucional, do que se conclui que a supremacia *material* da Constituição continua a prevalecer.

A razão pela qual tais princípios ostentam esse duplice caráter normativo – princípio e regra – encontra fundamento no próprio texto constitucional. Conforme dito anteriormente, o § 1º do art. 66 da CF estabeleceu que dois motivos são suficientemente relevantes para autorizar o veto presidencial a um projeto de lei: (i) a inconstitucionalidade; e (ii) a contrariedade ao interesse público. Há baldrames normativos, portanto, para justificar o fato de ambos os princípios estabelecerem uma relação de *supremacia* (da Constituição e do interesse público), gozando, para isso, de uma estrutura normativa dupla. É a relevância jurídico-social de tais valores, reconhecida expressamente pelo tecido constitucional, que oferece supedâneo ao estabelecimento da sua supremacia.

Um segundo aspecto que demanda apreciação diz respeito à contradição em que incorrem alguns dos autores que criticam o princípio da supremacia do interesse público (sob o fundamento da inexistência de hierarquia entre princípios jurídicos), quando se referem ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Se de um lado questionam a possibilidade de afirmação da supremacia do interesse público, por outro defendem a supremacia da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Parece ser o caso de Marçal Justen Filho, Gustavo Binenbojm e Daniel Sarmento.

Em artigo sobre o conceito de interesse público, Marçal Justen Filho assevera literalmente a existência de um “princípio máximo da supremacia da dignidade da pessoa humana”⁸⁸², referindo tratar-se do “princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”⁸⁸³. O jurista atesta

⁸⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 125.

⁸⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem, Ibidem*.

expressamente que a norma “não apenas está acima dos demais princípios, mas está *antes* deles”⁸⁸⁴, de modo que “na escada de valores, o de maior dimensão é o da dignidade da pessoa humana”⁸⁸⁵. Em escritos mais recentes, passou a sugerir a substituição da supremacia do interesse público pela “supremacia dos direitos fundamentais”⁸⁸⁶.

Gustavo Binjenbojm, conquanto não empregue o termo “supremacia”, também acena para uma posição valorativa privilegiada da dignidade da pessoa humana na escala axiológica constitucional, e para um posto normativo superior dos direitos fundamentais em relação às demais normas, quando destaca que “à *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo”⁸⁸⁷. Define o Estado Democrático de Direito como “conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas *sob o fundamento de para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*”⁸⁸⁸, concordando com a assertiva de Daniel Sarmento de que esta retrata o “epicentro axiológico” do Estado e do Direito.

Ora, se tais autores pressupõem que todos os princípios constitucionais possuem a mesma hierarquia normativa, como podem aludir à supremacia dos direitos fundamentais? Estes não deveriam gozar de igual posição hierárquica em relação aos demais princípios da Constituição? E como se poderia admitir a supremacia da dignidade humana, ou mesmo a sua centralidade no âmbito axiológico, sem que isso importasse uma posição *a priori* privilegiada desse princípio na esfera normativa?

Não é diferente a posição de Daniel Sarmento, o qual anota que “na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade”, assinalando que deve ser atribuída “a merecida preeminência a estes

⁸⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, p. 126.

⁸⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, p. 127.

⁸⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 79; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64.

⁸⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 50.

⁸⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Idem.*, p. 51.

direitos”⁸⁸⁹. Em outra obra, o autor manifesta ser “possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor”⁸⁹⁰. Logo após fazer essa afirmação, o constitucionalista, em nota de rodapé, reproduz posicionamento de Ricardo Lobo Torres, considerando-o diverso do seu: “Em sentido aparentemente contrário, nosso mestre Ricardo Lobo Torres afirma que no Estado contemporâneo ‘(...) a dignidade deixa de ser dominante no elenco dos princípios fundamentais, como acontecia ao tempo do fastígio do Estado do Bem-Estar Social, para se colocar também no jogo de ponderação com outros princípios, em especial o da soberania’”⁸⁹¹.

Sendo assim, se (i) Ricardo Lobo Torres admite que o princípio da dignidade esteja no mesmo patamar dos demais, e por isso submete-se ao jogo de ponderação – não sendo, pois, o princípio mais importante do sistema como afirmara Sarmento –; e se (ii) Daniel Sarmento reconhece que tal entendimento é contrário ao seu; logo, (iii) este último nega a possibilidade de ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana. Então, de duas, uma: ou Sarmento mudou de posição (o que é possível), ou ele considera que o princípio da dignidade humana seja imponderável e deva prevalecer sobre todos os demais que com ele eventualmente colidam. Nesse último caso, a sua crítica ao princípio da supremacia do interesse público torna-se incoerente com o conteúdo do seu raciocínio.

3.3.3. O princípio da proporcionalidade e a supremacia do interesse público: compatibilidade e paralelo

O princípio da proporcionalidade, diferentemente do que pregam alguns, é plenamente compatível com o princípio constitucional da supremacia do interesse público. Aliás, ele constitui uma importante ferramenta para se definir qual é o interesse público que, no caso concreto, deve prevalecer.

⁸⁸⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 103.

⁸⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 110.

⁸⁹¹ SARMENTO, Daniel. *Idem, Ibidem*.

Como já se pôde exaustivamente explanar, se o administrador público se depara com uma colisão entre um *interesse público em sentido amplo* (*direito subjetivo* ou *interesse legítimo*) e um *interesse privado* (*interesse puro e simples* ou *interesse ilícito*), a *norma-regra* da supremacia determinará de forma definitiva a prevalência daquele sobre este. É o caso de eventual colisão entre *interesse legítimo* dos participantes de uma licitação de que haja respeito ao princípio constitucional da impessoalidade administrativa (*interesse público*), com o *interesse puro e simples* de um dos membros da comissão de licitação, de que a empresa de um conhecido seu vença o certame (*interesse privado*). Em tais situações, a regra resolve a questão.

Mas há hipóteses em que dois *interesses públicos* (*lato sensu*), isto é, dois interesses juridicamente tutelados, acabam por colidir. A *norma-princípio* da supremacia do interesse público determinará que o *interesse geral*, da coletividade, seja satisfeito em sua máxima potencialidade, podendo inclusive prevalecer, *prima facie*, sobre os *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*) respaldados pelo Direito. Por exemplo: o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da CF⁸⁹² (*interesse geral*), pode colidir com o direito fundamental de propriedade, tutelado no art. 5º, XXII da CF⁸⁹³ (*interesse individual*), no caso de um imóvel situado em área de manancial. Por conta do princípio em questão, serão admitidas restrições ao uso da propriedade, impedindo condutas que venham a prejudicar o meio-ambiente.

Mas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto podem exigir uma ponderação que inverta essa relação de supremacia, fazendo prevalecer o *interesse específico* (*individual* ou *coletivo*) sobre o *interesse geral* (da coletividade). É nessas situações que o princípio da proporcionalidade figurará como peça essencial no processo ponderativo. Um bom exemplo é o aresto *Ville Nouvelle Est*, julgado pelo Conselho de Estado Francês em 28 de maio de 1971. Na decisão, que apreciava um

⁸⁹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁸⁹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **XXII** - é garantido o direito de propriedade”.

decreto de desapropriação, o Conselho adverte que “uma operação só pode ser legalmente declarada de utilidade pública se os prejuízos causados à propriedade privada, seu custo financeiro e eventualmente os inconvenientes de ordem social que ela comporte não sejam excessivos tendo em vista o interesse que ela representa”⁸⁹⁴. Em outras palavras, se os prejuízos à propriedade individual, os custos financeiros e os possíveis inconvenientes forem *desproporcionais* ao *interesse geral* que exigia a desapropriação, esta não poderá ser realizada.

A relação íntima entre o princípio da proporcionalidade e a definição do interesse público no caso concreto é facilmente percebida nas decisões do Conselho Constitucional francês, que utiliza o “interesse geral” como critério para o controle preventivo de constitucionalidade das leis. Trata-se de “um dos elementos mais significativos da política jurisdicional” do *Conseil Constitutionnel* nos últimos anos.⁸⁹⁵ Ao examinar a conformidade de um projeto de lei com o interesse geral, o juiz constitucional, num primeiro momento, investiga os objetivos perseguidos pelo legislador. O objetivo poderá ser formulado explicitamente na própria lei, ou figurar nos seus trabalhos preparatórios (exposição de motivos, debates parlamentares, etc.)⁸⁹⁶. Depois de avaliar as finalidades do dispositivo legal examinado, o Conselho Constitucional aprecia se efetivamente o objetivo pretendido pelo legislador pode ser qualificado como um fim de interesse geral. E uma das formas de analisar se há compatibilidade da lei com o interesse geral é justamente através “do recurso ao teste da proporcionalidade”⁸⁹⁷. Ou seja: o resultado da ponderação revelará se a decisão está ou não em harmonia com o interesse público.

Assim, o juiz constitucional exige que o legislador comprove que os objetivos por ele perseguidos através da lei restritiva são proporcionais às limitações por ela

⁸⁹⁴ Tradução livre. No original: “une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente”. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 608.

⁸⁹⁵ MATHIEU, Bertrand. *Propos introductifs...* *Op. Cit.*, p. 5.

⁸⁹⁶ MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 39.

⁸⁹⁷ MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 41.

provocadas. Ele apresenta duas exigências: (i) adequação do objetivo de interesse geral com as medidas adotadas (subprincípio da adequação); (ii) suficiência do interesse geral para justificar a restrição (ou, em outras palavras, necessidade da medida – subprincípio da necessidade)⁸⁹⁸.

A exigência de (i) *adequação do objetivo de interesse público com a medida restritiva* evita que o legislador deixe de justificar a ofensa a um direito ou a uma liberdade por um objetivo de interesse geral qualquer, que seja incapaz de ser preservado através da limitação do exercício do direito. Com isso, impede-se que o legislador cometa o desvio de poder⁸⁹⁹, uma vez que este, tentando disfarçar motivações pessoais para defender um dispositivo de lei, pode invocar um objetivo de interesse geral que mascare as suas intenções reais, ainda que não guarde nenhuma relação com a lei⁹⁰⁰. Por sua vez, a exigência de (ii) *um interesse geral suficiente* impede que se adote uma medida excessivamente gravosa ao direito, em razão de um interesse geral que não seja capaz de justificá-la. A restrição deve ser, portanto, necessária para a satisfação de um interesse geral suficiente⁹⁰¹.

Disso resulta a inafastável consequência de que, ao contrário do que poderia parecer, o princípio da proporcionalidade não só é compatível com o princípio da supremacia do interesse público, como também constitui mecanismo fundamental para a operacionalização deste último. O interesse público que deverá prevalecer será aquele que decorrer de uma decisão proporcional, obtida ao final do teste da proporcionalidade. A análise da apreciação da “condição de interesse geral” pelo Conselho Constitucional francês, como requisito para a conformidade constitucional de uma lei limitadora de direitos e liberdades fundamentais, demonstra haver uma

⁸⁹⁸ MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 43.

⁸⁹⁹ Sobre o desvio de poder legislativo, conferir TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-12, abr./jun. 2002.

⁹⁰⁰ MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Drs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 44.

⁹⁰¹ MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 45.

“fragilidade da fronteira entre o controle de proporcionalidade e o controle da apreciação do caráter de interesse geral perseguido”⁹⁰².

Para concluir este tópico, três observações devem ser pontuadas no tocante ao princípio da proporcionalidade, traçando-se um paralelo entre ele e o princípio objeto deste estudo. Viu-se que parcela da doutrina tem defendido a substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo “dever de proporcionalidade” como um “novo paradigma para o Direito Administrativo”⁹⁰³. No entanto, insta salientar que tal princípio poderia ser vítima das mesmas críticas assacadas ao princípio da supremacia do interesse público. Observe-se:

(i) O princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente no texto constitucional⁹⁰⁴. Quanto a isso não há dúvidas, ou sequer divergências⁹⁰⁵. A inexistência de explícito assento na Constituição, contudo, tem sido utilizada como motivo para refutar a existência do princípio da supremacia do interesse público⁹⁰⁶. Mas do mesmo modo afirma-se que, apesar da ausência de fundamento constitucional expreso, a vigência da proporcionalidade “é hoje reconhecida, em uníssono pela doutrina e jurisprudência”⁹⁰⁷. Com a supremacia do interesse público, ocorre exatamente o mesmo: trata-se de princípio largamente reconhecido em sede

⁹⁰² MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 46.

⁹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-172.

⁹⁰⁴ Ele é identificado como um princípio constitucional implícito, admitido por parcela da doutrina como desdobramento do princípio da legalidade (art. 37, *caput* da CF), e reconhecido por outros autores como decorrência do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) em sua dimensão substantiva. No primeiro sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 111-112. No segundo: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 240; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*... *Op. Cit.*, p. 243. Sobre esta segunda interpretação, ver na doutrina estrangeira: WOLFE, Christopher. *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 201 *et seq.*

⁹⁰⁵ Reconhecendo a falta de menção expressa ao princípio da proporcionalidade no texto constitucional: BAPTISTA, Patrícia. *Op. Cit.*, p. 216.

⁹⁰⁶ Conforme amplamente demonstrado no item 3.1. deste Capítulo 3.

⁹⁰⁷ “o princípio da proporcionalidade, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida, em uníssono pela doutrina e jurisprudência”. SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados*... *Op. Cit.*, p. 99.

doutrinária e jurisprudencial. Por que razão tais autores não rejeitam, pelo mesmo fundamento, o princípio da proporcionalidade?

(ii) Assim como a dimensão de *regra* da supremacia do interesse público – prevalência absoluta do *interesse público em sentido amplo* (interesses juridicamente protegidos) sobre o *interesse privado* (interesses não amparados pelo ordenamento) – o princípio da proporcionalidade não parece estar sujeito a ponderações. Seria possível ponderar entre uma decisão proporcional e outra desproporcional, prevalecendo ao final esta última? O administrador público poderia eventualmente optar por uma solução desmedida e excessiva, em detrimento de uma escolha razoável e proporcional? Certamente que não. Isso implica aceitar que o princípio da proporcionalidade possa ser formulado como o “princípio da supremacia do proporcional”. Sempre a decisão proporcional (mais adequada, menos restritiva a outros princípios e mais proporcional em sentido estrito) deverá prevalecer sobre as demais (consideradas desproporcionais).

Logo, a crítica de Binenbojm de que “Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia”⁹⁰⁸, se procedente, seria aplicável também ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a solução proporcional, obtida ao final da ponderação, sempre irá prevalecer.

(iii) O conteúdo do princípio da proporcionalidade também é fluido, vago e impreciso. Como definir de forma objetiva o que vem a ser “proporcional”? Mencione-se o exemplo do Tribunal Constitucional Federal alemão ao julgar o caso do romance *Mephisto*, de Klaus Mann⁹⁰⁹, em que metade dos magistrados concluiu pela predominância do direito fundamental à liberdade artística, e a outra metade entendeu pela prevalência do direito fundamental à honra. Essa situação demonstra que a noção de “proporcional”, assim como a de “interesse público”, poderia ser acusada de ser tão imprecisa a ponto de permitir manipulações discursivas a favor de um ou de outro

⁹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102.

⁹⁰⁹ BVerfGE 30, 173. Sobre o caso, ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito... Op. Cit.*, p. 584 et seq.

resultado, conforme a vontade (ou as pré-compreensões) do intérprete. Mas ainda assim, há quem sustente a substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo da proporcionalidade, utilizando como um dos argumentos a imprecisão semântica daquele.

Do exposto, impende sublinhar que o dever da Administração Pública de exercer juízos de ponderação, pautando-se sempre pela adoção das soluções mais conformes ao princípio da proporcionalidade, retrata uma evidência nos dias atuais. E o princípio da supremacia do interesse público não propõe nada diferente disso. Não há antagonismo, mas sim complementaridade entre eles. Como bem registra Emerson Gabardo, a advertência de que “deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia do interesse público que ‘desobrigue o Estado de agir moderadamente, e de observar o princípio da proporcionalidade’”⁹¹⁰ é um senso comum, podendo ser continuada com a frase “e também deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia que possibilite o Estado torturar, ameaçar e constranger os indivíduos’. A grande dificuldade será encontrar quem, atualmente, defenda o contrário”⁹¹¹.

A identificação do interesse público digno de supremacia certamente não constitui uma decisão livre, dotada de subjetivismo, passível de desembocar em uma escolha desmesurada e excessiva. Cuida-se de uma interpretação jurídica a ser realizada – objetiva, proporcional e razoável – daquilo que, naquele caso concreto, configura um interesse público⁹¹². E esse processo interpretativo de objetivação do conceito de interesse público reclama, inclusive, o recurso aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por isso, não há que se falar em incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o princípio da proporcionalidade ou com a técnica da ponderação.

⁹¹⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 301.

⁹¹¹ GABARDO, Emerson. *Idem, Ibidem*.

⁹¹² SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... Op. Cit., p. 74.

CAPÍTULO 4 – A SUPOSTA INUTILIDADE PRÁTICA DO PRINCÍPIO

Uma segunda ordem de discordâncias ao reconhecimento do princípio constitucional da supremacia do interesse público repousa na acusação de que, no campo das aplicações práticas, ele estaria fadado à inutilidade.

Diferentemente de outros princípios constitucionais, ou mesmo de postulados normativos⁹¹³, a supremacia do interesse público seria incapaz de resolver efetivamente conflitos entre interesses divergentes ou princípios jurídicos colidentes, haja vista que: (i) ele seria desprovido de significação jurídica, diante de sua elevada indeterminação ou fluidez conceitual, fato que lhe impediria de produzir consequências jurídicas relevantes (4.1.); (ii) os interesses privados comporiam o próprio conteúdo do interesse público, havendo uma coincidência entre eles que os tornaria indissociáveis, impossibilitando uma distinção suscetível de ser resolvida com a afirmação de supremacia do público sobre o privado (4.2.); (iii) não existiria um único interesse público, homogêneo e ímpar, que sempre devesse prevalecer, mas sim uma pluralidade de interesses públicos, heterogêneos e passíveis de ponderação (4.3.).

Cumprido neste capítulo examinar, sob o prisma teórico, se os argumentos acima lançados procedem realmente.

4.1. “Ausência de significação jurídica (indeterminação/fluidez conceitual)”

Do grupo de críticas ora investigado, a primeira delas consiste, nas palavras de Daniel Sarmiento, na “absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas”⁹¹⁴. A sua vagueza conceitual, conforme Patrícia Baptista, conduziria

⁹¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148 *et seq.*

⁹¹⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.

a uma obscuridade na determinação do que seja interesse público, dificultando a sua aceitação como um dogma do Direito Público contemporâneo.⁹¹⁵

Humberto Ávila também aponta a “indeterminabilidade abstrata” do conceito como um problema, considerando “questionável se ‘o’ interesse público pode ser descrito objetivamente”⁹¹⁶. Essa fluidez do conceito de interesse público, propalada por tais autores, sugere a existência de dois óbices ao reconhecimento do princípio da supremacia: (i) de um lado, o fato de que “a profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações”⁹¹⁷; (ii) de outro, o problema de que “um princípio que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada”⁹¹⁸. O primeiro deles será apreciado no item 5.3. do Capítulo 5, ao passo que o segundo será enfrentado neste tópico.

De fato, o caráter fluido e indeterminado da noção jurídica de interesse público, bem como a sua proximidade com outros termos legalmente utilizados como “bem comum”, “interesse coletivo”, “interesse social” e “utilidade pública”, são dados constatados largamente pela doutrina⁹¹⁹. Sem embargo, consoante observa Bertrand Mathieu, trata-se de uma noção “cujo conteúdo parece tão impreciso quanto a imperatividade da sua exigência”⁹²⁰.

Ainda que o conceito de interesse público desfrute de elevado grau de imprecisão, tal fato não torna inútil a afirmação de sua supremacia sobre o interesse privado, pois: (4.1.1.) a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é amplamente recepcionada pelo pensamento jusadministrativista contemporâneo, eis que alguns conceitos jurídicos requerem, efetivamente, contornos fluidos para se adequarem à realidade fática; (4.1.2.) conquanto seja indeterminado, o conteúdo do interesse

⁹¹⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Op. Cit.*, p. 184.

⁹¹⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 192.

⁹¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados... Op. Cit.*, p. 27.

⁹¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 102.

⁹¹⁹ SIMON, Denys. L'intérêt général vu par les droits européens. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 48; TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 277.

⁹²⁰ MATHIEU, Bertrand. *Propos introductifs*. In: _____; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 5.

público é determinável nas situações concretas, havendo técnicas jurídicas para isso; (4.1.3.) há uma série de outras normas jurídicas que se fundam em conceitos jurídicos indeterminados, de forma que a aceitação da crítica conduziria à refutação de uma série de princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana.

4.1.1. Vagueza das expressões e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados

Cumprе destacar, desde logo, que apesar de gozar de um conteúdo significativo acentuadamente indeterminado, a noção de interesse público encerra um conceito jurídico empregado em um sem número de dispositivos constitucionais e legais, nos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos⁹²¹. Apresenta-se, portanto, como uma realidade no mundo do Direito, que não pode ser ignorada pelo operador jurídico.

Consoante Alejandro Nieto, ao jurista é vedado “desconhecer uma figura jurídica que aparece reiteradamente na Constituição e nas leis. (...) enquanto for jurista, está obrigado a operar com os interesses gerais que formam parte do ordenamento jurídico”⁹²². É o que ocorre com um conceito igualmente impreciso que é o de justiça: “uma coisa é não se poder definir com exatidão o conceito de justiça e outra muito diferente é negar a sua existência”⁹²³. Com a noção de interesse público, passa-se o mesmo: a dificuldade de apreendê-la intelectualmente não pode servir de justificativa para o seu desconhecimento ou para se negar o seu manejo.

A vagueza de sentido não pode ser oposta como um pretexto para se refutar a utilização do conceito de interesse público, até porque, “nossa linguagem e capacidade de comunicar seria na verdade empobrecida se repudiássemos tôdas as palavras e frases que fôssem inertemente vagas”⁹²⁴. Como bem pontuam Marçal Justen Filho⁹²⁵ e

⁹²¹ Como visto na Parte I, Capítulo 2, item “2.2. Noções de *interesse público* subjacentes ao princípio”.

⁹²² NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2212.

⁹²³ NIETO, Alejandro. *Idem, Ibidem*.

⁹²⁴ PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 179-180.

⁹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 116.

Emerson Gabardo⁹²⁶, não se pode tomar a indeterminação de um conceito como algo problemático ou negativo, pois tal característica possibilita a sua melhor adequação e aplicação ao caso concreto. Nessa senda, Fernando Sáinz Moreno acentua que o interesse público “se trata, pois, de uma noção indeterminada mas não por isso menos operativa no âmbito do Direito. Sua própria indeterminação facilita a formação de juízos de verdade, ajustados à sua ideia nuclear”⁹²⁷.

Genaro Carrió observa que o significado de qualquer palavra sempre dependerá do contexto linguístico em que ela aparecer, e da situação humana dentro da qual ela é empregada. Cuida-se de uma característica ínsita à linguagem: a *ambiguidade* (v.g., a palavra rádio poderá significar, em algumas hipóteses, “aparato elétrico que serve para escutar música e notícias”, e em outras “metal descoberto pelo casal Curie”⁹²⁸). Mas a partir do momento em que a palavra é contextualizada, torna-se fácil precisar a sua significação. Em outros casos, a incerteza na aplicação de conceitos surgirá não pela dificuldade em saber em qual sentido a palavra está sendo usada, mas sim em razão da sua *vagueza*, que gera dúvidas quanto ao seu conteúdo significativo.

O filósofo argentino exemplifica com expressões como “jovem” ou “calvo”. É possível saber o que querem dizer esses termos, não se tratando de uma *ambiguidade*. Nada obstante, não há como precisar com quantos anos se deixa de ser jovem, ou quantos fios de cabelo se deve ter para não ser calvo. A questão é que há casos em face dos quais ninguém questionará se, no mundo dos fatos, está-se diante de uma pessoa “jovem” ou de uma pessoa “calva”, bem como haverá situações em que seguramente se afirmará que a pessoa não é “jovem” ou “calva”. Existem, no entanto, outras situações, localizadas entre esses dois extremos, em que permanecerá a incerteza em relação à aplicação ou não de tais expressões no caso concreto⁹²⁹.

O autor assevera que tais vocábulos, de contornos imprecisos, “cumprem uma função importantíssima nas linguagens naturais, e também na linguagem do direito”,

⁹²⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 288.

⁹²⁷ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... Op. Cit., p. 73.

⁹²⁸ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2006. p. 28-29.

⁹²⁹ CARRIÓ, Genaro. *Idem*, p. 31-32.

acentuando, assim, a sua relevância para o discurso jurídico, ao invés de sugerir a sua eliminação. Colaciona, então, outros exemplos utilizados frequentemente pelo sistema normativo: prazo razoável, erro substancial, culpa grave, perigo iminente, etc. E afirma que *todas as palabras*, seja quais forem, são ao menos *potencialmente vagas*. Sempre se poderá cogitar de circunstâncias nas quais a aplicação ou não de um termo gerará dúvidas decorrentes de sua vagueza. É o caso, citado por Carrió, do verbo “escrever”. Em princípio, não parece ser uma expressão vaga. Entretanto, se é criada uma máquina que transforma palavras faladas em escritas, sem intermédio humano, como se poderia referir à atividade desempenhada pela pessoa que está falando em frente à máquina? Estaria ela “escrevendo”?⁹³⁰

As referências ao pensamento do jusfilósofo argentino prestam-se a demonstrar que não se pode rejeitar a aplicação de expressões jurídicas indeterminadas por conta da mera dificuldade de sua concretização, porquanto qualquer palavra, seja jurídica ou não, pode se tornar vaga ou imprecisa em situações específicas, suscitando dúvidas quanto à sua aplicação ao mundo dos fatos. Carrió apresenta uma metáfora hoje bastante difundida para explicar esse fenômeno: (i) em cada expressão fluida há um foco de intensidade luminosa dentro do qual se agrupam os casos que seguramente se inserem naquele conceito; (ii) haverá uma zona obscura circundante a esse foco luminoso, mais afastada, onde se situam os casos em que sem dúvida o conceito não se aplica; (iii) entre a zona iluminada pelo foco de luz e a zona obscura, há uma zona de penumbra sem limites bem definidos, na qual se localizam as situações de incerteza quanto à aplicação do termo em questão⁹³¹.

Seguindo essa linha de raciocínio, Fernando Sáinz Moreno sustenta que todo conceito jurídico é dotado de um núcleo que consubstancia o seu sentido primário. A zona de intensidade luminosa a que alude Carrió representaria o núcleo de certeza positiva, englobando as situações fáticas que com certeza corresponderiam àquele conceito. Essa zona estaria rodeada por uma auréola (ou halo), dentro da qual

⁹³⁰ CARRIÓ, Genaro. *Idem*, p. 34-35.

⁹³¹ CARRIÓ, Genaro. *Idem*, p. 34-35.

residiriam os casos de dúvida quanto à aplicação ou não do conceito⁹³². Em torno desse halo estaria uma zona de certeza negativa, na qual repousariam todos os casos que seguramente não estão abrangidos pelo conceito⁹³³.

Denota-se de tais formulações que a doutrina não apenas admite a existência de conceitos jurídicos indeterminados, como também procura traçar teorizações que permitam o controle judicial da aplicação dessas expressões fluidas pela Administração Pública. Com supedâneo nessas distinções, há autores que sustentam a possibilidade de o juiz controlar plenamente as situações inseridas nas *zonas de certeza positiva e negativa*, declarando a legitimidade jurídica dos atos administrativos no primeiro caso, ou anulando-os no segundo, ficando resguardada apenas a *zona de incerteza* à margem de apreciação da Administração, não suscetível de substituição por um juízo do Poder Judiciário.⁹³⁴

Para significativa parcela da doutrina e da jurisprudência alemãs, em que pese a existência de posições divergentes e nuances teóricas, os *conceitos jurídicos indeterminados* se distinguem das hipóteses de *discrecionalidade administrativa*. Aqueles comportariam uma única decisão justa a ser tomada pela Administração, ao passo que esta permitiria ao administrador adotar mais de uma solução possível, dentre as juridicamente aceitáveis. Com isso, os conceitos indeterminados, por se tratarem de conceitos jurídicos, estariam integralmente submetidos ao controle jurisdicional⁹³⁵, visto que à jurisdição competiria apreciar se as circunstâncias fáticas presentes no caso concreto efetivamente correspondiam à hipótese conceitual descrita na norma aplicada pela Administração.

Essa posição, muito embora matizada posteriormente por outras correntes teóricas (tal como a “doutrina da margem de apreciação”), representou uma reação contra arbitrariedades do regime nacional socialista, avultando após a Segunda Guerra

⁹³² SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197.

⁹³³ SÁINZ MORENO, Fernando. *Idem.*, p. 70-71.

⁹³⁴ É a posição de BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 230 *et seq.*

⁹³⁵ SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 45.

Mundial como forma de combate às imunidades no exercício do poder. A vigência do nazismo importou uma redução da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos⁹³⁶, de sorte que, com a sua superação, a doutrina buscou distinguir a *discricionarietà administrativa* dos *conceitos jurídicos indeterminados* como mecanismo de ampliação da proteção dos cidadãos pela via jurisdicional.

A referência à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados bem demonstra a desnecessidade de preocupação no manejo de expressões jurídicas imprecisas. Se a aplicação desses termos fluidos, por parte da Administração, sujeitam-se à posterior revisão jurisdicional, inexistente razão para o temor de que a sua existência suscite práticas arbitrárias. A própria doutrina encarregou-se de criar ferramentas para impedir as manipulações das fórmulas jurídicas indeterminadas.

Acreça-se a isso outro argumento: como visto em outra oportunidade⁹³⁷, no Direito brasileiro parece não haver como sustentar a diferença, em termos práticos, entre *conceitos jurídicos indeterminados* e *discricionarietà administrativa*, como se o primeiro correspondesse a uma única solução possível e a segunda permitisse ao administrador optar por uma entre várias escolhas juridicamente aceitáveis. Embora no plano teórico a distinção possa ser traçada dessa maneira, em ambas as hipóteses, na prática, o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput* da CF) impõe ao agente o dever de adotar a opção ótima,⁹³⁸ isto é, aquela que atenda melhor à finalidade pública que o ato administrativo deve cumprir⁹³⁹. Portanto, nos dois casos admite-se o amplo controle judicial da atividade administrativa, competindo à jurisdição analisar se a escolha do agente correspondeu à solução ótima exigida pelo ordenamento jurídico.

⁹³⁶ SOUSA, António Francisco de. *Idem*, p. 44-45.

⁹³⁷ Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

⁹³⁸ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 130-135.

⁹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionarietà e controle jurisdicional...* Op. Cit., p. 32-36.

4.1.2. Possibilidade de determinação do conteúdo do interesse público

O elevado grau de vagueza da noção de interesse público – não se pode negar – faz dela um conceito que se “empresta facilmente a manipulações”⁹⁴⁰. Por decorrência dessa peculiaridade, não apenas na doutrina brasileira contemporânea, como também nos Estados Unidos na década de 60, determinados autores acabaram por condenar o conceito “à inexpressividade simplesmente porque tem sido muitas vezes usado por charlatães e tiranos”. Todavia, insta concordar com C. W. Cassinelli, quando assevera que o “abuso manipulatório não tem, entretanto, necessidade de destruir o sentido de uma palavra, embora geralmente tenda a reduzir sua utilidade”. O autor justifica sua assertiva referindo-se à palavra “saudável”, que “tem sofrido muito na propaganda contemporânea”⁹⁴¹, e nem por isso perde o seu sentido ou utilidade.

É necessário, como acertadamente adverte Carlos Vinícius Alves Ribeiro, “distinguir o instituto da patologia”. Sem embargo de possíveis deturpações de sentido que a noção de interesse público possa vir a experimentar, cumpre demonstrar, na linha do que propõe o referido o autor, que se trata de “um conceito jurídico determinável”⁹⁴². Com base nos ensinamentos das teorias acima expostas, percebe-se ser plenamente possível a determinação do conteúdo do conceito de interesse público no caso concreto.

Em artigo doutrinário que tem por objeto específico o “interesse geral como conceito jurídico indeterminado”, Eduardo García de Enterría aduz que ao utilizar tais conceitos, as leis definem situações fáticas ou áreas de atuação plenamente identificáveis, muito embora o façam mediante expressões vagas, que terão de ser concretizadas no momento da aplicação da norma⁹⁴³. Ressalta que essa indeterminação

⁹⁴⁰ MATHIEU, Bertrand. *Propos introductifs*. In: _____; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 6.

⁹⁴¹ CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética política. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 55.

⁹⁴² RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; _____ (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103 e 105.

⁹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 82.

lógica do enunciado legal “não se traduz em uma indeterminação absoluta de sua aplicação, que permita qualquer interpretação e a contrária, ou uma invocação meramente caprichosa capaz de legitimar qualquer situação”. E arremata dizendo que, ao contrário, “resulta manifesto que a utilização que a Lei faz desses conceitos aponta inequivocamente a uma realidade concreta, perfeitamente indicada como determinável”, através da utilização do conceito contrário ou oposto. Esse será o limite da indeterminação, “um limite manifesto e patente, nada impreciso, ambíguo ou vaporoso, um limite decisivo”⁹⁴⁴.

Para o referido professor, o interesse público ou geral consiste em um conceito altamente indeterminado, de espectro muito amplo, “mas que pode funcionar e funciona (...) para excluir certas atuações e para incluir outras, como um canhão delimitador, (...) que se faz bastante preciso enquanto é questionado em um caso concreto”⁹⁴⁵. Essa determinação concreta do interesse público – isto é, o enquadramento de determinado fato no conceito jurídico de interesse público – dar-se-á mediante uma apreciação de juízos disjuntivos: ou a conduta é de interesse público, ou ela não é. No conceito indeterminado de interesse público haverá um núcleo de certeza positiva, do que inegavelmente é de interesse público, um amplo halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, daquilo que seguramente não se encaixa no conceito⁹⁴⁶.

Com isso, García de Enterría acolhe a posição de significativa parcela da doutrina alemã segundo a qual o conceito jurídico indeterminado encerra uma única solução justa ou possível. Não significa que tais conceitos correspondam a apenas uma conduta admissível (v.g., não será somente um comportamento singular, entre os infinitos possíveis, que se amoldará ao conceito indeterminado de “boa fé”), mas sim que aquela situação fática ou se enquadra, ou não se encaixa no conceito⁹⁴⁷.

Por mais ampla que possa ser a margem de apreciação do conteúdo do conceito, ele sempre estará iluminado e orientado pelo seu núcleo de certeza positiva. Assim,

⁹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem, Ibidem*.

⁹⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem*, p. 72.

⁹⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem*, p. 82.

⁹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Idem, Ibidem*.

como ensina Fernando Sáinz Moreno, por mais difusos que sejam os limites de um conceito jurídico indeterminado, é a sua essência ou núcleo que proporciona “o critério para conhecer até onde alcançam esses limites (...) porque o conceito chega até onde ilumina o brilho de seu núcleo”⁹⁴⁸.

De tais lições se pode deduzir a senda para determinar o conteúdo do interesse público. A identificação concreta do que se ajusta ou não a esse conceito deve tomar em conta, primeiramente, o seu núcleo de certeza positiva. Este, como se propôs na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito” deste trabalho, é formado pelos valores inseridos no Preâmbulo da Lei Fundamental de 1988, pelos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º ao 4º da CF) e pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão (arts. 5º ao 17 da CF). É esse núcleo que iluminará o conceito de interesse público. Até onde a luz desses valores constitucionais puder aclarar estará circunscrito o conceito de interesse público.

A Constituição reside, pois, no primeiro *locus* onde o administrador deverá buscar identificar o interesse público. O influxo dos princípios e regras constitucionais deve informar quais ações podem, sem sombra de dúvida, ser consideradas de interesse público⁹⁴⁹. Se por um lado é certo que inexiste uma “receita constitucional cômoda”⁹⁵⁰ para determinar o interesse público, por outro ela oferece importantes ingredientes para recheiar o seu conteúdo.

Num segundo momento, essa determinação é operada pelas leis, “as quais são as que efetuam, dentro da Constituição, a seleção do que no concerto social deve ser qualificado de interesse geral e confiado, em uma ou outra medida, à gestão administrativa”⁹⁵¹. A definição do interesse público deve ser realizada, então, pelo

⁹⁴⁸ SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197.

⁹⁴⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 13-31, abr./jun. 2010. p. 15; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro... *Op. Cit.*, p. 111-112.

⁹⁵⁰ NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2215.

⁹⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 73.

legislador por meio de um preceito normativo⁹⁵². Diante dessas especificações legislativas, vai-se restringindo a indeterminação do conteúdo do interesse público. Como bem assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não é possível afirmar que seja indeterminado “o interesse público presente na rescisão unilateral de um contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente, ao consumidor ou ao patrimônio público”⁹⁵³, pois é a própria lei que protege tais valores, qualificando-os como interesses públicos.

Mas essa primeira seleção normativa, promovida pelo legislador constitucional e ordinário, conforme destaca García de Enterría, não esgota a função do interesse público⁹⁵⁴. Há casos em que a lei confere à Administração a incumbência de, no caso concreto, analisar se há um interesse público mais qualificado que justifique a sua atuação para adotar certas medidas, como, por exemplo, a desapropriação⁹⁵⁵ ou a rescisão unilateral de contratos administrativos⁹⁵⁶. Em outros, a lei confere uma competência discricionária ao agente para aferir, através de juízos de conveniência e oportunidade, qual a situação mais adequada ao alcance do interesse público, dentre as várias soluções juridicamente aceitáveis (v.g., a remoção de ofício de servidores públicos federais⁹⁵⁷). De acordo com a proposta elaborada neste estudo, tratam-se das hipóteses de *interesse público em sentido estrito*.

⁹⁵² SESÍN, Domingo Juan. *Op. Cit.*, p. 142.

⁹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009. p. 49-50.

⁹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 73.

⁹⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 184.** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

⁹⁵⁶ Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos): “**Art. 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) **XII** - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

⁹⁵⁷ Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais): “**Art. 36.** Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede. **Parágrafo único.** Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: **I** - de ofício, no interesse da Administração”. No caso, embora a lei se refira a “interesse da Administração”, é evidente que o interesse secundário da máquina estatal deverá coincidir, necessariamente, com o interesse público (interesse coletivo primário).

Em tais casos, conforme visto anteriormente,⁹⁵⁸ *a Administração Pública terá o dever de motivar expressamente as razões que levaram à conclusão de que o interesse público exigia a adoção da medida por ela empreendida*. Nesse exato aspecto reside a chave para a resolução do problema da indeterminação do conceito. Como precisa Fernando Sáinz Moreno, o “interesse público como conceito legal apresenta um problema de interpretação jurídica, não de livre decisão”, pois nas situações em que a lei “condiciona uma atividade administrativa ao que, em cada caso, convenha ao interesse público, obriga a Administração a realizar um exame razoado e objetivo daquilo que nesse caso convém ao interesse público”⁹⁵⁹. É por isso que, segundo o autor, a aplicação do conceito sob exame demanda “explicar em termos objetivos por que se atua assim e não de outra maneira (...); razoamento que tem por finalidade mostrar a coerência entre cada decisão e o ordenamento jurídico”⁹⁶⁰.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, no mesmo sentido, explica que a dificuldade de definição do interesse público está no fato de se tratar de um conceito que deve concretizar-se na realidade, razão pela qual essa operação de materialização é ordinariamente realizada pela “Administração Pública de maneira objetiva, racional, argumentada, motivada”⁹⁶¹. Dessa maneira, não há problema em haver uma indeterminação na noção de interesse público, justamente porque se faz imprescindível a motivação substancial, por parte da Administração, nos casos em que ele for empregado como fundamento da ação administrativa.

A imprecisão própria deste conceito, “mais que a de nenhum outro”⁹⁶², impende uma rigorosa motivação dos atos que o utilizam. A Administração, ao atestar ou negar a presença do interesse público diante do caso concreto, deve motivar a decisão e apresentar a confrontação entre o conceito de interesse público e a realidade prática à

⁹⁵⁸ Parte I, Capítulo 2, item 2.3., subitem “2.3.3. Requisitos indispensáveis à aplicação do princípio”.

⁹⁵⁹ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 74.

⁹⁶⁰ SÁINZ MORENO, Fernando. *Idem, Ibidem*.

⁹⁶¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 112.

⁹⁶² SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 70-71.

qual ele está sendo aplicado. Quanto mais indeterminado for o conceito, maior deverá ser a fundamentação administrativa⁹⁶³.

Nunca é demais lembrar que Celso Antônio Bandeira de Mello identifica como desdobramento do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos o princípio da motivação, que “impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo”⁹⁶⁴. O autor, portanto, vincula umbilicalmente a atuação administrativa fundada no interesse público ao respectivo dever de motivação dos atos administrativos.

Esse raciocínio leva, ao que tudo indica, à conclusão de que os juízes estão autorizados a rever decisões administrativas fundadas no interesse público, nas hipóteses em que este está previsto como um conceito legal, de modo que essa avaliação consubstanciará um exame da juridicidade do ato. Analisar se os fatos reais naquela situação se enquadravam ou não no conceito legal de interesse público significará, portanto, uma apreciação da conformidade do ato administrativo com o conceito de interesse público exigido pelo ordenamento jurídico.

Por isso é que a possibilidade de o agente público invocar um interesse público genérico, não demonstrado nem fundamentado, é absolutamente incapaz de oferecer obstáculo à utilização do princípio da supremacia do interesse público. Tal prática é, de longa data, rechaçada pelo Conselho de Estado francês, inquinando de nulidade o ato desprovido de comprovação do interesse público real e concreto presente em cada caso. No *arrêt Société Maison Genestal*, o *Conseil* anula um ato administrativo porque ele “se funda em uma mera alusão de que a concessão solicitada não convém ao interesse geral, sem expor as razões dessa falta de conveniência”⁹⁶⁵. Cuida-se de uma das formas mais simples e suaves de controle judicial da Administração Pública, uma vez que a carência de fundamentação do ato consiste em uma falha formal do ato administrativo⁹⁶⁶.

⁹⁶³ SÁINZ MORENO, Fernando. *Idem*, p. 76.

⁹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 79.

⁹⁶⁵ FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Société Maison Genestal*, le 26 janvier 1968.

⁹⁶⁶ NIETO, Alejandro. *La Administración sirve...* *Op. Cit.*, p. 2240.

E mais: ainda que haja motivação do ato, se esta não for suficiente ou condizente com a realidade, o juiz poderá desfazer o ato após examinar se ele “cumpriu ou não a finalidade de interesse público para a qual ele foi ditado, através da instituição chamada desvio de poder”⁹⁶⁷, consoante elucida Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. O tema já foi analisado na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.2. Interesse público em sentido amplo”.

4.1.3. *Existência de outros termos jurídicos igualmente indeterminados*

A terceira observação que se impõe sobre a crítica em epígrafe consiste no fato de que, se a indeterminação do conceito jurídico de interesse público fosse realmente um argumento capaz de torná-lo inútil, uma infinidade de outros conceitos e princípios, constitucionais e legais, deveriam ser abandonados⁹⁶⁸.

Concorda-se com Emerson Gabardo quando constata que tentar determinar o conteúdo da noção de interesse público “não é mais difícil que definir ‘justiça’, ‘eficiência’ ou mesmo ‘moralidade’”⁹⁶⁹. Aliás, se procedente a crítica, os princípios constitucionais da Administração Pública, expressos e implícitos, como impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, deveriam ser todos abandonados, a pretexto da dificuldade de especificar o seu sentido *a priori* impreciso.

A juridicidade do conceito de interesse público faz com que a Administração, ao identificar no mundo dos fatos uma situação como de interesse público, esteja a aplicar um conceito jurídico, ainda que indeterminado. Isso permite o posterior controle judicial, uma vez que, por se tratar de um conceito jurídico, é possível a apreciação de legitimidade jurídica do ato que considerou um interesse como público. E não há qualquer problema nisso, eis que o Judiciário largamente revê atos jurídicos

⁹⁶⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 113.

⁹⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público... *Op. Cit.*, p. 49.

⁹⁶⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* *Op. Cit.*, p. 287.

ao preencher de conteúdo expressões legais fluidas, como “boa conduta”, “boa-fé”, “justo preço”, entre tantas outras⁹⁷⁰.

Portanto, não é diferente o processo levado a cabo pelo Poder Judiciário nos diversos ramos do Direito, quando verifica, no caso concreto, se houve violação ao princípio da *boa-fé* por parte dos contratantes⁹⁷¹ ou se restou configurado *dano moral*⁹⁷² (Direito Civil), se havia razões de *segurança jurídica* ou *excepcional interesse social* para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁹⁷³ (Direito Constitucional), se houve *desídia* por parte do empregado que justificasse dispensa por justa causa⁹⁷⁴ (Direito do Trabalho), se foi praticado ato de *racismo* para condenar o acusado à reclusão⁹⁷⁵ (Direito Penal), se havia *perigo à ordem pública* para determinar prisão cautelar⁹⁷⁶ (Direito Processual Penal), se havia *receio de dano irreparável* para conceder a antecipação de tutela⁹⁷⁷ (Direito Processual Civil), etc.

Em todos esses casos se tratam, igualmente, de conceitos legais indeterminados, cuja imprecisão pode deflagrar controvérsias entre as partes sobre a sua definição. E é pacífica a possibilidade de os juízes reverem decisões fundadas em tais conceitos. Não haveria razão, portanto, para que a aplicação dos conceitos previstos na legislação

⁹⁷⁰ BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 110.

⁹⁷¹ Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil): “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁹⁷² Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil): “**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁹⁷³ Lei Federal nº 9.868/1999 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade): “**Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁹⁷⁴ Consolidação das Leis do Trabalho: “**Art. 482.** Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) e) desídia no desempenho das respectivas funções”.

⁹⁷⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁹⁷⁶ Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal): “**Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

⁹⁷⁷ Lei Federal nº 5.869/73 (Código de Processo Civil): “**Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: **I** - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

administrativa – mormente o de interesse público – não pudesse ser revista pelo Poder Judiciário.⁹⁷⁸

Reconheça-se, no entanto, a existência de algumas distorções operadas pela jurisprudência, que não raro ensejam a aplicação do princípio da supremacia do interesse público de forma equivocada, com sentido diverso do atribuído pela doutrina, desnaturando o seu conteúdo. Esse fato, por si só, não autoriza a pretensão de eliminá-lo do ordenamento jurídico. Ora, se a mera circunstância de os tribunais empregarem equivocadamente um princípio ou um conceito jurídico implicasse na necessidade do seu abandono, diversos institutos e figuras jurídicas deveriam ser extirpados do Direito brasileiro.

Tome-se como exemplo o dano moral: o direito à sua reparação figura entre os direitos fundamentais do cidadão, no art. 5º, X da CF⁹⁷⁹. Quantas não são as vezes em que os juízes se equivocam ao condenar um jurisdicionado a reparar algo que está longe de configurar um efetivo dano moral⁹⁸⁰? E o contrário também ocorre: em hipóteses nas quais realmente houve lesão à integridade moral do cidadão, deixa-se de reconhecer a ocorrência do dano, por reputar a experiência por ele sofrida como um “mero dissabor”⁹⁸¹. O termo é igualmente indeterminado e requer a materialização do

⁹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* Op. Cit., p. 248-249.

⁹⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º. (...) X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁹⁸⁰ Cite-se o voto vencido do relator da Apelação Cível nº 645.697-7, julgada em 25.03.2010 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. No caso, o voto reconhecia que os apelantes – um casal – haviam sofrido dano moral pois, após entregarem jóias à apelada – uma joalheria – para derretimento e confecção de alianças com peso total de 8,8g e em ouro 18 quilates, receberam os anéis com peso de 8,2g e em ouro 16 quilates. O fato de as jóias originárias – entregues para o derretimento (!) – representarem valor sentimental à segunda apelante haveria ensejado o sofrimento de danos morais. O entendimento parece ser, no mínimo, questionável. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 645.697-7. Relator Juiz Convocado Albino Jacomel Guérios, julgado em 25.03.2010.

⁹⁸¹ A expressão é utilizada largamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Observe-se: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. FALHA. VEÍCULO. ACIONAMENTO DE AIR BAGS. DANO MORAL INEXISTENTE. VERBA INDENIZATÓRIA AFASTADA. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a r. sentença”. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 898.005/RN. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 06.08.2007.

seu conteúdo, que pode, como nesses casos, dar-se de forma errônea e proporcionar distorções. Tal fato conduz à necessidade de se banir o direito à reparação do dano moral de ordenamento jurídico nacional? É evidente que não.

O curioso é que vários dos autores que criticam a indeterminação do princípio da supremacia do interesse público defendem incisivamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como se esse último não ostentasse a mesma característica. É o caso de Daniel Sarmiento, que uma linha antes de criticar “a absoluta indeterminação do conceito de interesse público”⁹⁸², afirma que no epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira “figura o princípio da dignidade da pessoa humana”⁹⁸³.

É preciso lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana, logo após ter sido incluído pela primeira vez em uma Constituição brasileira, de forma expressa, na Carta de 1988, foi vítima das mesmas críticas. Luís Roberto Barroso chegou a afirmar que “dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica”, sustentando, à época, que “a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador”⁹⁸⁴. E com o passar dos anos, o intensivo trabalho da doutrina foi fornecendo aportes para densificar o conteúdo desse princípio, que hoje é plenamente aceito e aplicado pelos tribunais. Exemplo disso foi a proposta de Ana Paula de Barcellos, que, à semelhança do processo de determinação apresentado no item anterior, identificou um núcleo de certeza positiva do conceito de dignidade humana a partir da ideia de *mínimo existencial*.⁹⁸⁵

É intrigante que essa preocupação com a indeterminação do princípio da supremacia do interesse público não se estenda a outros princípios igualmente vagos,

⁹⁸² SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 27.

⁹⁸³ SARMENTO, Daniel. *Idem, Ibidem*.

⁹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, São Paulo: Malheiros, p. 168-185, 1993. p. 178. Registre-se, todavia, que o autor mudou de posição. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: Dos professores e seu destino. In: Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁹⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 191 *et seq.*

que acabam tendo a sua utilização deturpada. Como ressalta com precisão Emerson Gabardo, “se os operadores do Direito fossem romper com cada princípio, regra ou direito mal utilizado ou cujo sentido foi desviado no Brasil, muito rapidamente decorreria uma anomia jurídica”⁹⁸⁶. Indaga o autor a razão pela qual “não é a mesma a preocupação doutrinária com o princípio da publicidade, por exemplo; é como se ele fosse muito menos ‘maléfico’ que o da supremacia do interesse público”⁹⁸⁷.

O princípio da publicidade é um exemplo de norma abstrata que tem sido objeto de malversação no campo do Direito Administrativo, sobretudo em matéria disciplinar dos servidores públicos. A sua aplicação equivocada no que diz respeito ao processo administrativo disciplinar pode ensejar severos danos à honra e à imagem do agente público. Nessa linha, Romeu Felipe Bacellar adverte, com sobras de razão, que “a divulgação de informações relativas ao processo administrativo disciplinar pode sujeitar a Administração à pressão da mídia e ao clamor popular, que desempenham papel acentuadamente nocivo ao ‘condenar’ antecipadamente o acusado”, ofendendo com isso “o seu direito fundamental à presunção de inocência”⁹⁸⁸. E ainda assim, dificilmente são encontradas manifestações contrárias a esse princípio por conta de sua aplicação desvirtuada.

Assim, seja pela aceitação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, que possibilita a determinação do conteúdo do interesse público no caso concreto; seja pela existência de uma infinidade de outros conceitos igualmente indeterminados nos diversos ramos do Direito; ou ainda pela exigência de motivação em toda e qualquer aplicação do princípio da supremacia do interesse público, a crítica sob análise não parece prosperar.

⁹⁸⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 303.

⁹⁸⁷ GABARDO, Emerson. *Idem, Ibidem*.

⁹⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 37, Belo Horizonte: Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009. p. 50.

4.2. “Interesses privados compõem o interesse público (indissociabilidade)”

Uma segunda crítica que aponta para a suposta inutilidade do princípio da supremacia do interesse público consiste na afirmação de que os interesses privados fazem parte do interesse público, constituindo uma de suas dimensões, fato que impossibilitaria a dissociação entre um e outro, inviabilizando a aplicação do princípio.

A propósito, advoga Humberto Ávila que o interesse público “não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público”⁹⁸⁹. Paulo Ricardo Schier segue a mesma linha de raciocínio, ao atestar que interesses públicos e interesses privados “não se contradizem, não se negam, não se excluem. Tais interesses, antes, harmonizam-se. A realização de um importa na realização do outro. Devem ser vistas como excepcionais as situações de exclusão mútua”⁹⁹⁰. A regra seria a convergência entre eles, enquanto que o conflito representaria uma exceção.

Posição similar é acolhida por Daniel Sarmiento, para quem “o interesse público, na verdade, é composto pelos interesses particulares dos componentes da sociedade, razão pela qual se torna em regra impossível dissociar os interesses públicos dos privados”⁹⁹¹. Gustavo Binjenbojm, respaldando tal entendimento, abraça a premissa de que os interesses “público e privado colocam-se, assim, em posição de irresistível vinculação”⁹⁹², suscitando com isso a seguinte indagação: “que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro?”⁹⁹³.

Ocorre que (4.2.1.) o posicionamento acima esposado parte de conceitos de “interesse público” e de “interesse privado” distintos daqueles que são adotados pelos autores que defendem o princípio da supremacia do interesse público. Se bem compreendidos os conceitos que efetivamente fazem parte do princípio, (4.2.2.) torna-

⁹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 215-216.

⁹⁹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. Cit.*, p. 236.

⁹⁹¹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 83-84.

⁹⁹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 99-100.

⁹⁹³ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*, p. 88.

se plenamente aceitável – para não dizer inquestionável – a possibilidade de dissociação e de contraposição entre interesse *público* e interesses *privados*, além de (4.2.3.) fazer-se imperiosa muita cautela na afirmação de que interesses *privados* compõem o *interesse público*.

4.2.1. Os conceitos de “interesse público” e de “interesse privado” adotados

De acordo com a fundamentação expendida na Parte I, Capítulo 2, item 2.2. deste trabalho, os conceitos de “interesse público” e de “interesse privado” ínsitos ao princípio constitucional da supremacia do interesse público ostentam um sentido técnico, preciso, e não podem ser confundidos com acepções vulgarmente atribuídas a essas expressões pela linguagem corrente. Acresça-se que mesmo dentro da linguagem jurídica é possível conferir significações distintas aos termos em comento, o que demanda redobrada atenção quando se versa sobre a temática.

Como visto, dentro da formulação do princípio em tela, o conceito de *interesse público* adotado inspira-se na proposta elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello: “*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem*”⁹⁹⁴. Por isso, ele não será algo “autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo”⁹⁹⁵. Na linha sugerida pelo presente estudo, com supedâneo na conceituação do jurista supracitado, somada às lições de François Ost⁹⁹⁶, pode-se compreender *interesse público em sentido amplo* como todo e qualquer *interesse juridicamente tutelado*.

Se o Direito positivo, criado através dos representantes da coletividade, protegeu tais interesses, por consequência presume-se que eles traduzem anseios dos indivíduos na qualidade de membros da sociedade. Sejam de natureza coletiva ou de

⁹⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 183 (*grifos no original*).

⁹⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 181. (*grifos no original*).

⁹⁹⁶ OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 35 *et seq.*

cunho individual, tais interesses devem ser qualificados como *públicos (lato sensu)*, em virtude de sua salvaguarda proporcionada pelo sistema normativo. Dentro desse gênero de interesses, resguardados pelo ordenamento jurídico, podem ser encontradas duas espécies: os *direitos subjetivos* e os *interesses legítimos*. A explicação de tais conceitos, repita-se, já foi feita em sede própria (inclusive com o emprego de exemplos elucidativos).⁹⁹⁷

Por sua vez, o *interesse privado* que segundo o princípio da supremacia deverá sempre ceder passo ao *interesse público em sentido amplo*, deve ser compreendido como *interesse exclusivamente particular, egoístico do indivíduo enquanto tal, desprovido de proteção jurídica*. Ele engloba o *interesse puro e simples* da pessoa (física ou jurídica, de Direito Público ou de Direito Privado), carente de tutela pelo ordenamento jurídico, e os *interesses ilícitos*. Logo, *interesse privado* não é sinônimo de *interesse individual*, nem de *interesse pessoal de cada um*. O *interesse individual* poderá ser *público* (em sentido amplo), se tutelado pelo Direito positivo, ou *privado*, em caso negativo.

Logo, resta claro que quando parcela da doutrina afirma ser inútil (ou autoritário) um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, porque, supostamente, os interesses privados compõem o interesse público, tais autores o fazem tomando por base conceitos de *interesse público* e de *interesse privado* diversos daqueles que ora se adota. Por exemplo, quando Paulo Schier diz que “ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-se no mesmo patamar de hierarquia”⁹⁹⁸, ele utiliza um significado distinto, pois, segundo as concepções seguidas neste trabalho, se a Constituição o reconhece trata-se de um interesse *público (lato sensu)*, e jamais *privado* (ainda que seja *individual*).

Do mesmo modo, equivoca-se Gustavo Binenbojm quando assevera que “os interesses particulares e individuais de que se cuida, na análise do princípio, não são, por evidente, aqueles ilegítimos, assim considerados por força de outras normas

⁹⁹⁷ Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.2. Interesse público em sentido amplo”.

⁹⁹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. Cit.*, p. 235.

constitucionais”⁹⁹⁹. Ao contrário do que supõe o autor, uma das dimensões desse princípio é justamente essa: determinar a supremacia absoluta do *interesse público em sentido amplo* (conjunto de interesses juridicamente tutelados) sobre o *interesse privado* (interesses não amparados pelo sistema normativo).

Partindo dos conceitos até aqui delineados, é plenamente possível, como se verificará a seguir, realizar uma dissociação entre *interesse público* (em sentido amplo) e *interesse privado* e identificar a sua contraposição, que deve ser resolvida em favor do primeiro.

4.2.2. Possibilidade de dissociação e contraposição entre interesses público e privado

A dificuldade de alguns autores em admitir que existam interesses privados dissociados do interesse público reside no fato de eles considerarem como *privados* os interesses *individuais* protegidos pelo ordenamento jurídico, os quais, na visão ora adotada, compõem o *interesse público* (em sentido amplo). Trata-se da ideia – correta, à toda evidência – de que o indivíduo deve reconhecer um interesse próprio ao se deparar com o interesse público¹⁰⁰⁰. Vale dizer: em todo *interesse público em sentido amplo* deve ser possível identificar *interesses individuais*. No entanto, e neste ponto repousa toda a confusão, a recíproca não é verdadeira: nem todo interesse *individual* pode ser identificado como interesse *público*.

Se *interesse público (lato sensu)* é todo aquele protegido pelo ordenamento jurídico, e *interesse privado* é o interesse eminentemente pessoal, que (i) não encontra proteção no Direito positivo, ou (ii) é por ele vedado, torna-se simples o reconhecimento da possibilidade de dissociação entre um e outro. Eles podem, conforme as acepções aqui alinhavadas, ser contrários e excludentes.

Ávila afirma que se “o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a

⁹⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 90.

¹⁰⁰⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. Op. Cit., p. 242.

contradição entre ambos”¹⁰⁰¹, fazendo referência em nota de rodapé à obra de Héctor Jorge Escola, como se o autor argentino sustentasse a mesmíssima ideia. Ávila, provavelmente, extrai tal conclusão da seguinte passagem, constante na página por ele citada: “*Tampoco es cierto, del mismo modo, que entre el interés público y el interés individual exista una colisión o contraposición, que deba resolverse en favor de aquél*”.¹⁰⁰²

No entanto, como se pode depreender da obra de Escola, o jurista manifesta tal posição somente ao considerar os interesses individuais *juridicamente tutelados*. Nesse sentido, não há qualquer discordância, uma vez que, conforme anteriormente assinalado, tais interesses individuais compõem o conteúdo do interesse público (*lato sensu*). A questão é que quando Héctor Escola manifesta esse entendimento, ele não está levando em conta os interesses privados egoísticos, estritamente particulares, não protegidos pelo Direito e portanto dissociáveis do interesse público.

Prova disso é que, no momento em que considera essa distinção (interesses individuais tutelados pelo ordenamento, que compõem o interesse público *vs.* interesses privados que se distinguem do interesse público), ele admite a prevalência do interesse público: “Poderão existir, sim, interesses individuais que, isoladamente considerados, possam não coincidir com o interesse público, mas nesse caso – se assim se o admite – esse interesse individual haverá de ceder ante ao interesse público”¹⁰⁰³.

Tanto é assim que o autor afirma em diversas passagens de seu livro a existência de uma “primazia do interesse público”¹⁰⁰⁴, além de reconhecer, na mesma página citada por Ávila, que o interesse público “é prevalecente, em relação ao interesse privado, tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde e assimila com o querer valorativo atribuído à comunidade”¹⁰⁰⁵. Ou seja, ao contrário do que sugere Ávila, sua posição é totalmente divergente do entendimento de Escola.

¹⁰⁰¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Op. Cit.*, p. 193.

¹⁰⁰² ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 243.

¹⁰⁰³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 55.

¹⁰⁰⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 22, 29, 55, 250, 251.

¹⁰⁰⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 243.

Os indivíduos possuem distintos interesses, e é natural que eles se contraponham com pretensões de outros indivíduos (como num processo de licitação, por exemplo), e que toda essa gama de interesses divirja do interesse público.¹⁰⁰⁶ Assim, a ideia de que “interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro”¹⁰⁰⁷ conduz ao mesmo equívoco daqueles que advogam ser o interesse público o somatório dos interesses privados (como a corrente utilitarista). Cuida-se, nas palavras de Georges Vedel e Pierre Devolvé, de um “absurdo, pois o interesse público seria assim a soma do interesse dos produtores de álcool e do das vítimas do alcoolismo”¹⁰⁰⁸.

Sobre tal corrente, Edgar Bodenheimer adverte que “essa teoria é baseada na suposição irrealista de que um indivíduo pode não ter interesses antagônicos aos interesses da comunidade política como um todo”¹⁰⁰⁹. E uma série de exemplos pode ser arrolada para contrapor o argumento. Um cidadão pode ter interesse em reduzir ao máximo os seus encargos fiscais (*interesse puro e simples = interesse privado*), ao passo que a realização de diversas incumbências estatais imprescindíveis à satisfação de necessidades básicas da comunidade ou do Estado (v. g., política econômica, educação ou segurança social) pode implicar um aumento dos tributos através das leis (*direito subjetivo = interesse público*).

Um fabricante pode ter interesse em inserir no mercado um produto de péssima qualidade, contrário às exigências legais, para reduzir os gastos e aumentar seu lucro (*interesse ilícito = interesse privado*), enquanto a comunidade tem interesse em assegurar um nível de produção que proteja pelo menos a saúde e a segurança dos consumidores¹⁰¹⁰ (*direito subjetivo = interesse público*). Ou ainda: um pai pode ter interesse de retirar da escola seu filho com treze anos para auxiliar no sustento da casa

¹⁰⁰⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 289.

¹⁰⁰⁷ Posição defendida por SCHIER, Paulo Ricardo. Op. Cit., p. 237.

¹⁰⁰⁸ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. I. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 517.

¹⁰⁰⁹ BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 208.

¹⁰¹⁰ BODENHEIMER, Edgar. *Idem*, p. 208-209.

(*interesse ilícito = interesse privado*), mas a comunidade pode considerar necessário – como ocorre no Brasil¹⁰¹¹ – um período de educação obrigatória superior a essa idade para a formação completa dos cidadãos¹⁰¹² (*direito subjetivo = interesse público*).

Imaginar que o interesse público e o interesse privado são coincidentes, indissociáveis, conduz ao perigo de se admitir os ideais utilitaristas, exercendo pressão para que o Estado realize interesses eminentemente privados sob o rótulo de interesse geral¹⁰¹³. Trata-se da conhecida metáfora estadunidense segundo a qual “o que é bom para a General Motors é bom para os Estados Unidos”¹⁰¹⁴. O interesse público na ideologia norte-americana é apresentado, em geral, como a resultante do livre jogo dos interesses privados, cabendo ao Estado apenas conciliar esses interesses. Todavia, não parece ser esta a compreensão entronizada na mentalidade jurídica brasileira e reconhecida pela atual Constituição Federal.

A possibilidade de dissociação entre interesse público e interesse privado deriva do fato de que algumas das necessidades humanas podem ser alcançadas através do livre jogo das iniciativas privadas, mas há algumas – das mais essenciais – que não podem ser realizadas por esse meio, ou por serem comuns a todos os membros da coletividade, refugindo à esfera de alcance dos particulares (segurança nacional, por exemplo), ou porque a sua satisfação não produz qualquer lucro, de sorte que ninguém irá voluntariamente pretender assegurar. Tal como afirma Jean Rivero, “estas necessidades que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade como um todo e para cada um dos seus membros constituem o domínio próprio da Administração; é a esfera do *interesse público*”¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: **I** - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”.

¹⁰¹² BODENHEIMER, Edgar. *Op. Cit.*, p. 208-209.

¹⁰¹³ MERLAND, Guillaume. *L’interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 242.

¹⁰¹⁴ Frase proclamada no Senado dos Estados Unidos, em 1954, por Charles Erwin Wilson, então presidente da empresa *General Motors*. Cf.: AQUINO, Rubim Santos Leão; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa; AGOSTINO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 465.

¹⁰¹⁵ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 14.

Assim, assiste razão a Jaime Rodríguez-Arana Muñoz quando registra que o interesse individual “pode ser que circunstancialmente possa coincidir” com o interesse público, mas este último deve referir-se ao bem geral de todos, ao bem-estar integral e dinâmico da população, afetando realidades supraindividuais, como urbanismo, educação, moradia e saúde.¹⁰¹⁶ A esse propósito, merece transcrição literal a seguinte passagem de Jean Rivero, que parece colocar uma pá de cal sobre o pressuposto de coincidência plena entre os interesses público e privado:

O motor normal da acção dos particulares é a prossecução de uma vantagem pessoal – ganho material, realização humana, ou para os mais desinteressados concordância dos seus actos com um ideal. Frequentemente, há coincidência entre o fim assim prosseguido e o bem de todos. Mas a coincidência não é de modo algum necessária e não consegue encobrir o carácter pessoal da actividade: o padeiro assegura a satisfação da necessidade de pão, que é fundamental na colectividade francesa, mas não é a preocupação desinteressada de alimentar os famintos que dita a sua vocação, é a intenção – de resto inteiramente legítima – de ganhar a sua vida, vendendo pão¹⁰¹⁷.

Mencione-se finalmente o exemplo, trazido à baila por Agustín Gordillo, de uma lei de proteção ao meio ambiente que proíba determinados procedimentos de produção empregados por uma indústria, ou que imponha a adoção de métodos não contaminantes que acabem por encarecer o produto. O *interesse puro e simples* do industrial de lucrar o máximo possível com a sua atividade econômica não se encontra tutelado pelo ordenamento jurídico¹⁰¹⁸. É um interesse *privado*, que se contrapõe ao interesse *público* de proteção do meio-ambiente.

4.2.3. Interesses “privados” que compõem o interesse público

Do que até agora se expôs, pode-se concluir que aquilo que alguns autores chamam de interesses “privados”, que fariam parte do interesse público e seriam dele indissociáveis, são, na realidade, interesses *individuais*. Mas como se pôde esclarecer, é somente uma parcela de interesses individuais que compõe o interesse público (em

¹⁰¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 108.

¹⁰¹⁷ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 14.

¹⁰¹⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 2: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. III-12.

sentido amplo): os interesses individuais *juridicamente tutelados*. Assim entende Fernando Sáinz Moreno, ao lecionar que “o interesse público se sustenta nos interesses privados de cada pessoa, mas não em todos, senão naqueles que esta comparte com as demais”¹⁰¹⁹.

Por essa razão é que, quando Ávila indica que “**elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado** (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)”¹⁰²⁰, sua afirmação não justifica uma refutação ao princípio da supremacia do interesse público, eis que tais elementos consubstanciam parte justamente do interesse *público (lato sensu)*, e não do interesse *privado* como o autor parece supor. Torna-se óbvia, nessa esteira, a afirmação de Floriano de Azevedo Marques Neto, de que “ao menos nos dias de hoje, interesses legítimos, mediatos ou imediatos, de um particular não podem significar automaticamente um interesse contrário aos desígnios públicos”¹⁰²¹. E isso porque tais interesses legítimos do sujeito privado representam o interesse *público* (em sentido amplo), e não o *privado*.

Com isso se quer deixar claro, para que reste estreme de dúvidas, que a concepção de interesse público ínsita ao princípio constitucional da supremacia do interesse público leva em conta os interesses das partes, isto é, dos membros da coletividade. A noção embutida no princípio não incorre no erro, aventado por Georges Vedel e Pierre Devolvé, de crer que “o interesse público não tem nada a ver com os indivíduos ou com os grupos que compõem a nação”¹⁰²².

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao expor a sua noção jurídica de interesse público, enfatiza ser um “erro atribuir-lhe o *status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”¹⁰²³. O autor põe em relevo que o interesse do todo retrata uma forma específica de manifestação do interesse das partes, uma

¹⁰¹⁹ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 73.

¹⁰²⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 192 (*grifos no original*).

¹⁰²¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152.

¹⁰²² VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Op. Cit.*, p. 517.

¹⁰²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 181.

dimensão pública dos interesses individuais. A advertência é importante, e será retomada no item 5.1. deste capítulo.

Mas o fato é que, muito embora o interesse público em sentido amplo seja composto de interesses *individuais* – e não *privados*, repise-se – o seu conteúdo não se esgota nesses. Há diversas hipóteses em que a outra dimensão do interesse público – *interesse público em sentido estrito*, que corresponde ao *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada – poderá chocar-se com os interesses *individuais*. Em que pese a incorporação de determinados interesses dos particulares à noção de interesse público (quando considerado em sua acepção ampla), negando-lhe uma absoluta transcendência em relação aos interesses dos indivíduos, *isso não permite a inferência de que haja uma identidade entre interesse público e interesses privados*, como bem sublinha Guillaume Merland.¹⁰²⁴ Segundo o autor, a metamorfose conceitual da categoria do interesse público não acomoda uma simplificação como essa, segundo a qual bastaria identificar os interesses privados para se chegar ao interesse público.

Prossegue o jurista francês alertando que se o aumento da intervenção estatal nas relações interprivadas ensejou “uma fragmentação do interesse geral pela sua abertura aos interesses particulares, isso não alterou a ideia de que a coletividade tem interesses que lhe são próprios e que transpassam os interesses imediatos de cada um”¹⁰²⁵. Consoante realça Merland, os direitos sociais tais como o direito ao trabalho, à proteção da saúde, ao repouso e ao lazer, embora possam satisfazer interesses individuais, têm também como objetivo reforçar a coesão social.

O mesmo se diga em relação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a ordem axiológica que deles emana, irradiando seus efeitos valorativos para todo o ordenamento jurídico e impondo ao Estado dever objetivos de proteção, independentemente da postulação dos indivíduos que venham a titularizá-los

¹⁰²⁴ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 242.

¹⁰²⁵ MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 243.

subjetivamente, testemunha em favor “da existência de desmembramentos do interesse geral que se destacam dos interesses particulares”¹⁰²⁶.

Há ainda outros desmembramentos do interesse público que transcendem os interesses particulares, como é o caso de objetivos de valor constitucional tais como a moralidade administrativa e a luta contra a fraude fiscal. São valores que se aplicam ao conjunto de cidadãos, sem qualquer distinção, correspondendo ao que aqui se convenciou chamar de *interesse público em sentido estrito* ou *interesse geral*. E é nesse aspecto que avulta uma “primazia do interesse público sobre os interesses particulares”¹⁰²⁷, inclusive aqueles protegidos pelo ordenamento (que neste estudo são denominados de *interesses específicos, individuais* ou *coletivos*).

Destarte, a resposta à crítica da inutilidade do princípio da supremacia do interesse público em razão da indissociabilidade entre o interesse público e o privado pode ser formulada da seguinte forma:

(i) o *interesse público em sentido amplo* que deve prevalecer sobre o *interesse privado*, por consistir no interesse dos indivíduos enquanto membros da sociedade, será sempre o *interesse juridicamente tutelado* em detrimento do interesse não protegido pelo ordenamento jurídico;

(ii) os interesses estritamente particulares, egoísticos, que traduzem o *interesse privado* (*interesse puro e simples* ou *interesse ilícito*), podem se contrapor ao *interesse público* (*direito subjetivo* ou *interesse legítimo*);

(iii) os interesses dos particulares que compõem o interesse público (*lato sensu*) são somente os *interesses individuais juridicamente tutelados*, que não esgotam o conteúdo daquele, em cuja formação figuram também os *interesses da coletividade juridicamente tutelados* (*interesse geral* ou *interesse público em sentido estrito*).

Quando houver colisão entre o *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada, e *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*) também tutelados pelo ordenamento jurídico, estar-se-á diante de uma colisão de *interesses públicos*, e não de

¹⁰²⁶ MERLAND, Guillaume. *Idem, Ibidem*.

¹⁰²⁷ MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 245.

um conflito entre interesses públicos e privados, como se poderia imaginar. O tema será objeto do item 4.3., a seguir.

4.3. “Pluralidade/heterogeneidade de interesses públicos”

A terceira crítica do conjunto sob análise consiste no fato de que, contemporaneamente, seria irreal aludir a um interesse público homogêneo, singular, aferível unilateralmente pela Administração Pública. A existência de uma pluralidade de interesses passíveis de serem qualificados como *públicos* inutilizaria o princípio da supremacia, já que, num caso concreto, poderiam entrar em rota de colisão uma série de interesses igualmente públicos.

Partem, muitos desses autores, das lições de Massimo Severo Giannini, que anuncia a ocorrência desse fenômeno após o abandono do voto censitário e a inclusão de todas as classes sociais no contexto de participação nos processos de decisão política, marcando a passagem de um Estado monoclássista a um Estado pluriclássista¹⁰²⁸. Se no modelo anterior, próprio de um Estado liberal, era possível contrapor um interesse público único, homogêneo, a uma multiplicidade de interesses privados heterogêneos, no paradigma estatal atual uma série de interesses de grupos contrapostos foram sendo tutelados pelo legislador pluralista¹⁰²⁹.

O Estado passa a proteger situações contraditórias, mediante, por exemplo, a criação de leis de incentivo industrial, de um lado, e leis de tutela do trabalhador contra os empregadores industriais, de outro¹⁰³⁰. E nessa conjuntura, Odete Medauar identifica que “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos”¹⁰³¹.

¹⁰²⁸ GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980. p. 65.

¹⁰²⁹ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. v. 1. Trad. Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1991. p. 129-130.

¹⁰³⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Idem*, p. 130.

¹⁰³¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 181-182.

Apoiado no pensamento da autora citada, Alexandre Santos de Aragão consigna que “em uma sociedade complexa e pluralista não há apenas um interesse público, mas muitos”, dando como exemplos a “preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, garantia dos melhores meios possíveis de sustentação dos órgãos de imprensa, facilitação dos fluxos comerciais, combate ao déficit público”¹⁰³², entre outros. Em face dessa multiplicidade de interesses públicos, Floriano de Azevedo Marques Neto entende não ser mais “possível à Administração exercer o papel de hermeneuta autoritária do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia e da sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade”¹⁰³³.

A crítica é reforçada por Marçal Justen Filho, que concorda com a impossibilidade de se aludir à existência de um interesse público unitário. Diante da existência de diversos interesses salvaguardados pela ordem jurídica, merecedores de igual proteção, o autor propõe que a correta solução a ser adotada “sempre pressuporá a identificação efetiva e cristalina desses diversos interesses. Bem por isso, afirmar o ‘princípio da supremacia do interesse público’ não fornece qualquer critério para identificar a solução compatível com o direito”¹⁰³⁴.

Sem embargo, os argumentos não parecem suficientes para eliminar o princípio constitucional da supremacia do interesse público, eis que (4.3.1.) a doutrina que acolhe o princípio não questiona a existência de uma multiplicidade de interesses públicos, e ainda assim sobrevive a sua utilidade, já que o princípio, pelo menos, resolve as colisões entre interesses juridicamente tutelados e interesses não respaldados pelo ordenamento; (4.3.2.) há, igualmente, uma pluralidade de normas constitucionais e de direitos fundamentais colidentes, e, a despeito disso, continua-se a afirmar a supremacia da Constituição e de tais direitos; (4.3.3.) por mais que a *norma-regra* da supremacia do interesse público não solucione o problema da colisão entre interesses públicos, a *norma-princípio* pode resolvê-lo, ao determinar a prevalência

¹⁰³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 6-7.

¹⁰³³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 157.

¹⁰³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo... *Op. Cit.*, p. 79.

prima facie do interesse geral (da coletividade) sobre os interesses específicos (individuais ou coletivos).

4.3.1. Reconhecimento da pluralidade de interesses públicos e manutenção da utilidade do princípio da supremacia

Insta salientar, desde logo, que a posição teórica que admite a existência e a normatividade do princípio constitucional da supremacia do interesse público jamais supôs a existência de um único interesse público, homogêneo e unitário. Discorda-se, pois, de Floriano de Azevedo Marques Neto quando sugere que “a partir da idéia de sua supremacia sobre os interesses privados (...) o direito preconiza que o interesse público estaria consagrado na lei e que, portanto, seria uno, exclusivo e se contraporía aos interesses privados, estes necessariamente plurais”¹⁰³⁵.

Na Parte I, Capítulo 1, item 1.2., subitem “1.2.3. Prevalência do interesse público sobre o privado: aportes do Estado Social e Democrático de Direito”, teve-se a oportunidade de demonstrar que tal concepção, própria de um modelo liberal de Estado de Direito, fora abandonada com o advento do Estado Social, momento em que o aparato estatal passou a interferir nas relações jurídico-privadas para tutelar interesses de determinados grupos sociais, seja em razão de sua fragilidade, seja por decorrência de pressões realizadas perante o Poder Legislativo. Para harmonizá-los, a Administração Pública passa a assumir a incumbência de proteger uma série de interesses dos particulares, classificando como públicos, muitas vezes, interesses contrapostos.

No Direito Administrativo contemporâneo, o interesse público deixa de resumir-se à legalidade em sentido estrito. A aplicação da lei em sentido formal torna-se insuficiente à consecução do interesse da coletividade. Como leciona José Luis Meilán Gil, a subordinação da Administração não só à lei, mas também ao Direito faz com que a noção de interesse geral exceda a mera legalidade, englobando-se naquele

¹⁰³⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 148.

conceito a Constituição, seus valores e princípios¹⁰³⁶, que não raro agasalham vetores contraditórios¹⁰³⁷.

E é exatamente nesse contexto, de reconhecimento de uma variedade de interesses públicos, que se passou a afirmar o princípio constitucional da supremacia do interesse público. Com isso, a constatação de que “a noção de *homogeneidade do interesse público* tem que dar lugar à idéia de *heterogeneidade de interesses públicos*”¹⁰³⁸ não constitui novidade alguma: revela um dado já de há muito conhecido, incapaz de afastar a supremacia do interesse público.

Luís de la Morena y de la Morena, no início da década de 80, já admitia a possibilidade de colisão entre interesses públicos, diante dos fatores de pressão de grupos sociais determinados diante do Parlamento e da Administração Pública. E, sem embargo, esclarece que esse fenômeno não pode ser oposto como óbice à afirmação da prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados¹⁰³⁹.

Reclama menção, demais disso, a jurisprudência do Conselho de Estado francês que desde 1937 já admitia a existência de uma pluralidade de interesses públicos. No caso *Société industrielle de schistes et dérivés*, entendeu o *Conseil d'État* que à autoridade administrativa compete perquirir em cada caso concreto não apenas se os interesses próprios do “domínio público do qual ela é responsável são ou não conciliáveis com a admissão do pedido que lhe foi apresentado, mas também se essa admissão não seria conducente a comprometer a salvaguarda de outros interesses de caráter geral”¹⁰⁴⁰.

O mesmo ocorreu no julgado *Ville de Limoges*, em que o juiz administrativo, apreciando um ato de revogação de um regulamento urbanístico, assinalou a

¹⁰³⁶ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 179.

¹⁰³⁷ V.g., a Constituição brasileira prevê como princípios da ordem econômica a propriedade privada ao lado da função social da propriedade; a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, II, III, IV e V da CF).

¹⁰³⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 151.

¹⁰³⁹ MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público... *Op. Cit.*, p. 871-874.

¹⁰⁴⁰ Tradução Livre. No original: “*domaine public dont elle a la charge sont ou non conciliables avec l'admission de la demande dont elle a été saisie, mais encoré si cette admission ne serait pas de nature à compromettre la sauvegarde d'autres intérêts de caractère général*”. FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Société industrielle de schistes et dérivés*, le 5 octobre 1937.

necessidade de ponderação entre o interesse público que justificava a sua derrogação e o interesse público que a existência de tais regras visava a proteger. Constou da decisão a seguinte observação: “uma derrogação de regras prescritas por um regulamento de urbanismo só pode ser legalmente autorizada se as ofensas que ela trazer ao interesse geral, que as prescrições do regulamento têm por objeto proteger, não forem excessivas tendo-se em vista o interesse geral representado pela derrogação”¹⁰⁴¹.

Em outra oportunidade, no caso *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, o Conselho analisou um ato expropriatório, enfatizando a necessidade de observância das ofensas que a desapropriação pode provocar a outros interesses públicos, distintos daquele que lhe deu causa. No caso, embora houvesse utilidade pública que justificasse a desapropriação (interesse de circulação pública), esta colidia com o interesse de saúde pública, pois sua realização engendraria perturbações ao bom funcionamento de um hospital psiquiátrico da região. A decisão reconhece a possibilidade de oposição entre dois interesses igualmente públicos.¹⁰⁴²

Tais exemplos mostram que o reconhecimento da pluralidade de interesses públicos constitui “um dado tradicional da jurisprudência administrativa”¹⁰⁴³ francesa, não representando qualquer inovação apta a afastar a prevalência do interesse público sobre o privado.

Conquanto exista uma multiplicidade de interesses públicos, isso não inutiliza o princípio da supremacia, uma vez que este continua resolvendo os casos de colisão entre o *interesse público em sentido amplo* e o *interesse privado*. Esse fato, só por só, outorga elevada utilidade prática ao princípio. Ele tem o condão de impedir que um interesse eminentemente particular e egoístico (interesse privado) prevaleça sobre o

¹⁰⁴¹ Tradução livre. No original: “une dérogation aux règles prescrites par un règlement d'urbanisme ne peut légalement être autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général, que les prescriptions du règlement ont pour objet de protéger, ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt que présente la dérogation”. FRANÇA. Conseil d'État. Arrêt Ville de Limoges, le 18 juillet 1973.

¹⁰⁴² FRANÇA. Conseil d'État. Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, le 20 octobre 1972. Sobre o tema, ver TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 131.

¹⁰⁴³ CLAMOUR, Guylain. *Op. Cit.*, p. 719.

conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade (interesse público *lato sensu*).

Essa consequência reveste de inquestionável relevância o princípio em questão. Em virtude dele, as condutas dos administradores públicos que contrariem os interesses juridicamente tutelados deverão ser invalidadas. Ou seja: por mais que a norma não fosse capaz de resolver os problemas de conflitos entre dois interesses públicos, ela já seria hábil, pelo menos, para dar solução às colisões entre interesses não respaldados pelo Direito positivo e interesses protegidos pelo sistema normativo.

Haverá casos, no entanto, em que não restará facilmente evidenciado ao agente qual é o interesse merecedor de prevalência, ao se confrontarem dois valores salvaguardados pela ordem jurídica. Frente a esse quadro, impende admitir que a complexidade do conceito contemporâneo de interesse público suscita uma dificuldade evidente na determinação do seu conteúdo. Dificuldade que não significa impossibilidade. A técnica da ponderação de interesses permite à Administração sopesar os interesses envolvidos – seja qual for a sua natureza – para ao final determinar qual é o interesse público que deve prevalecer.

Guylain Clamour, que parte do pressuposto de que contemporaneamente há uma plêiade de interesses fragmentados – inclusive e especialmente interesses particulares de indivíduos e grupos sociais – que podem vir a constituir o interesse público, reconhece que ainda assim perdura a preponderância do interesse público, uma vez que a harmonização entre os interesses conflitantes continua exigindo a mediação do Estado, única entidade capaz de definir um projeto coletivo de âmbito realmente abrangente¹⁰⁴⁴. A grande diferença é que, distintamente da lógica difundida no Estado absolutista, hodiernamente essa prevalência deve ser racionalmente justificada, demonstrando, no caso de afastamento de interesses particulares envolvidos, que o seu sacrifício foi necessário, proporcional e razoável.

Havendo, dessa forma, conflito entre dois ou mais interesses públicos, caberá ao administrador público recorrer a outros elementos do ordenamento jurídico capazes de

¹⁰⁴⁴ CLAMOUR, Guylain. *Idem*, p. 231-232.

auxiliar a tomada de decisão¹⁰⁴⁵, como a técnica da ponderação e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (os quais, repita-se, não constituem novidade alguma para o Direito Administrativo).

4.3.2. *A pluralidade de normas constitucionais e de direitos fundamentais*

Uma segunda consideração que se impõe a propósito da temática vertente é a contradição presente no discurso dos autores que apresentam essa crítica. Os mesmos juristas que refutam o princípio constitucional da supremacia do interesse público, fundados no argumento de que a pluralidade de interesses públicos inviabiliza a afirmação de sua prevalência, aceitam a existência de uma supremacia da Constituição¹⁰⁴⁶, dos direitos fundamentais¹⁰⁴⁷ e, em alguns casos, até mesmo da dignidade da pessoa humana¹⁰⁴⁸.

Se a multiplicidade de interesses públicos obstaculiza a afirmação da sua supremacia sobre os interesses privados, por que razão a pluralidade de normas constitucionais e de direitos fundamentais não prejudica, também, a existência de uma supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais? Em outros termos: a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais impede que se sustente a sua supremacia no ordenamento jurídico?

Poder-se-ia dirigir o mesmo questionamento ao princípio da dignidade da pessoa humana, que nos casos concretos é capaz de fundamentar duas situações distintas. Colha-se o exemplo referido por Marçal Justen Filho: a elevação da carga tributária pode justificar-se pela necessidade de aumento da remuneração dos servidores públicos, contribuindo para a promoção da sua dignidade, ou pela necessidade de arrecadar recursos voltados à prestação universal dos serviços públicos, satisfazendo a dignidade de toda a parcela da população que deles desfrute.¹⁰⁴⁹ Por

¹⁰⁴⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 316.

¹⁰⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2004. p. 223 et seq.

¹⁰⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados...* Op. Cit., p. 103.

¹⁰⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público...* Op. Cit., p. 125.

¹⁰⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, p. 131.

outro lado, essa elevação pode afetar a dignidade do contribuinte, uma vez que o aumento excessivo da tributação pode atingir o seu mínimo existencial, deixando-o desprovido de um patrimônio mínimo¹⁰⁵⁰ que lhe propicie o desenvolvimento de uma vida digna¹⁰⁵¹. Há uma diversidade de soluções baseadas igualmente no princípio da dignidade da pessoa humana: a majoração da carga tributária e a sua diminuição. A problemática é a mesma, e nem por isso se rejeita a aplicação desse princípio.

Remanesce, assim, a indagação: se os direitos fundamentais desfrutam de supremacia e centralidade no ordenamento jurídico, mas podem colidir entre si, por que os interesses públicos não podem deter supremacia, pelo simples fato de haver uma variedade de interesses suscetíveis de colisão? Tal fato retiraria, também, a posição de supremacia dos direitos fundamentais? É evidente que não, pois em todos os casos apresentados a afirmação de supremacia exerce uma função útil: a proteção de valores constitucionais em face de comandos infraconstitucionais que eventualmente a eles se contraponham. Não obstante a possibilidade de contraposição entre duas normas constitucionais, continua sendo válido o princípio da supremacia da Constituição, vez que este resolverá, pelo menos, os conflitos entre normas constitucionais e dispositivos infraconstitucionais, em favor das primeiras.

Assim ocorre, também, com o princípio constitucional da supremacia do interesse público: em que pese a pluralidade de interesses públicos, ele continua sendo útil na resolução de divergências entre um interesse público em sentido amplo e um interesse privado, assegurando a prevalência de interesses juridicamente resguardados sobre interesses não protegidos pelo Direito positivo.

Mas não é só. O princípio em comento pode se manifestar por meio de uma segunda faceta: aquela que determina a prevalência *prima facie* do *interesse geral* (da

¹⁰⁵⁰ A propósito, consultar: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰⁵¹ “O *status negativus* do mínimo existencial se afirma, no campo tributário, através das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência”. TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 139. Ver ainda, do mesmo autor: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

coletividade) sobre os *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*), nas hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico. O tema será analisado a seguir.

4.3.3. A dimensão principiológica da norma da supremacia: prevalência *prima facie* do interesse geral sobre os interesses específicos

Força convir que, a despeito das ideias até agora lançadas, um terceiro fator não pode ser olvidado: nos termos da construção proposta neste estudo, a norma da supremacia do interesse público ostenta um duplo aspecto, de regra e de princípio (se adotada a concepção principiológica de Robert Alexy). Se a *norma-regra* da supremacia do interesse público – que impõe um dever definitivo de se decidir em favor de um interesse juridicamente tutelado quando este colidir com um interesse não protegido pelo ordenamento – não resolve os casos de colisão entre dois interesses públicos, o mesmo não se pode dizer em relação à *norma-princípio*. Esta última determina que, havendo conflito entre um interesse geral, da coletividade em si mesma considerada, e um interesse específico (de titularidade individual ou coletiva) também tutelado juridicamente, aquele deverá, *prima facie*, prevalecer sobre este, nas hipóteses em que o ordenamento jurídico assim autorizar.

Tal inteligência proporciona uma utilidade ainda maior à norma constitucional da supremacia do interesse público, porque possibilita a resolução de embates entre dois interesses públicos. Se um deles disser respeito a toda a coletividade (*interesse geral*) e o outro for titularizado por um indivíduo ou grupo específico, o princípio aponta para a primazia relativa do primeiro, nos casos estabelecidos pelo sistema normativo. As circunstâncias do caso concreto, todavia, poderão exigir solução diversa. O princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação poderão, então, auxiliar no processo interpretativo e na tomada da decisão mais justa e adequada à situação.

Consoante leciona Fernando Sáinz Moreno, há casos em que distintos interesses públicos colidem a ponto de o seu cumprimento simultâneo tornar-se impossível. A solução desses conflitos, segundo o autor, “se realiza valorando os interesses

encontrados, segundo o critério do que mais convenha ao bem comum ou interesse geral”¹⁰⁵².

Além dos casos já referidos a título de ilustração na Parte I, Capítulo 2, item 2.3., subitem “2.3.2. Prevalência do interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos)”, um bom exemplo de aplicação da dimensão principiológica da norma de supremacia do interesse público é a alteração da lei de zoneamento urbano que prejudique as atividades de um particular contemplado pela legislação anterior. Imagine-se a situação de um estabelecimento comercial, que tenha recebido uma licença para construir em determinada área, em conformidade com a lei municipal. Meses depois, após o início das etapas construtivas, a legislação urbanística é modificada, declarando a região como zona residencial. De um lado, haverá o direito adquirido do proprietário, previsto no art. 5º, XXXVI da CF¹⁰⁵³. De outro, residirá o princípio constitucional da função social da cidade e o dever de obediência à política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes fixadas em lei (art. 182, *caput* e §2º da CF¹⁰⁵⁴).

Exsurge, na situação narrada, uma colisão entre um interesse *individual* (proteção do direito adquirido) e um interesse *geral* (política de desenvolvimento urbano), ambos protegidos pelo Direito e, portanto, pertencentes ao *interesse público em sentido amplo*. A *norma-princípio* da supremacia do interesse público determinará a preponderância *prima facie* do interesse *geral* de interrupção da construção do estabelecimento (*interesse público em sentido estrito*), sobre o interesse *individual* do proprietário de dar continuidade à edificação (*interesse específico*).¹⁰⁵⁵ Se ao cabo do

¹⁰⁵² SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 73-74.

¹⁰⁵³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 5º.** (...) **XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁰⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) **§2º.** A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

¹⁰⁵⁵ A respeito da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em matéria urbanística, ver, por todos, o excelente trabalho de COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito*

processo de ponderação confirmar-se tal prevalência, o interesse público *individual*, por retratar *direito subjetivo*, deverá ser resguardado mediante o pagamento de indenização.

Repare-se que, malgrado o interesse principal do comerciante fosse a manutenção da licença e a exploração regular de suas atividades – e não o recebimento de uma indenização – esse seu interesse *individual* será, em tese, contrário ao interesse *geral* pressuposto pela nova lei de zoneamento urbano, de proibir a instalação de estabelecimentos comerciais naquela região. O interesse da coletividade se sobreporá, em regra, ao interesse pessoal do proprietário, ainda que juridicamente tutelado.¹⁰⁵⁶ Frise-se que o direito à indenização será inquestionável, frente ao sacrifício impingido ao seu direito adquirido.¹⁰⁵⁷

Contudo, as circunstâncias do caso concreto podem levar a solução diversa. Suponha-se que as atividades do estabelecimento fossem capazes de oferecer elevada utilidade à zona residencial, não prejudicando a tranquilidade dos habitantes da área. Cogite-se, ainda, que a extinção da licença provocasse graves prejuízos ao proprietário do estabelecimento, diante de investimentos de altíssimo vulto realizados com base na expectativa concreta gerada pela concessão da licença. Será possível, excepcionalmente, a prevalência do interesse *individual* sobre o interesse *geral*, visto

Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 239-265.

¹⁰⁵⁶ Entendimento contrário parece ser o de Rodrigo Valgas dos Santos. Sobre o tema, cf.: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Direito de construir em face de normas urbanísticas supervenientes. *Interesse Público*, nº 55, Belo Horizonte: Fórum, p. 31-55, maio/jun. 2009.

¹⁰⁵⁷ Para Hely Lopes Meirelles, a forma de resolução de similar situação seria o manejo da desapropriação: “o mais sério problema a ser resolvido pelo Município é o da pré-ocupação de bairros ou áreas por indústrias e outras atividades poluidoras que, posteriormente, venham a ser consideradas em uso desconforme, diante da nova legislação para o local. Em tais casos não pode a Administração paralisar sumariamente essas indústrias e atividades, nem reduzir-lhes a produção, porque isto ofenderia o direito adquirido em conformidade com as normas legais anteriores. Para a retirada desses estabelecimentos, a medida legal é a desapropriação”. MEIRELLES, Hely Lopes. Proteção ambiental e ação civil pública. *Justitia*, nº 135, São Paulo, p. 88-98, jul./set. 1986. p. 92. Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça: “DESAPROPRIAÇÃO. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE, DECORRENTE DA LEI DE ZONEAMENTO DO MUNICÍPIO DE CURITIBA. CODIGO CIVIL, ART. 524. I - É DEVER DO PODER PÚBLICO INDENIZAR RESTRIÇÃO QUE ANIQUILA O DIREITO DE PROPRIEDADE E RETIRA O VALOR ECONÔMICO DO BEM. PRECEDENTES DO S.T.J. II - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 16.151/PR. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda Turma, julgado em 07.02.1993, *DJ* 28.02.1994.

que ambos estavam resguardados pelo ordenamento jurídico e as peculiaridades fáticas e jurídicas conduziram à inversão da prevalência *prima facie* do *interesse público em sentido estrito* sobre o *interesse específico*.¹⁰⁵⁸

Dessa sorte, o emprego da norma constitucional da supremacia do interesse público, em sua dimensão *principiológica*, detém plena utilidade para a resolução de conflitos entre dois interesses públicos, nas hipóteses em que um deles disser respeito a um *interesse específico* (individual ou coletivo) e o outro a um *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada).

¹⁰⁵⁸ Parece ser esse o posicionamento de Lúcia Valle Figueiredo, extraído do seguinte excerto: “o titular de determinada licença tem direito a permanecer no local, ainda que a esse local tenha sido dada nova destinação de uso. Por suposto, haverá de permanecer se isto não contraditar o interesse público, de tal sorte que essa permanência torne-se de todo incompatível. Se assim for, caberá expropriação da licença, quer de construir (se ainda em construção a obra), quer de funcionamento ou de utilização, se já ultimada a construção”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: RT, 1980. p. 51.

CAPÍTULO 5 – O ALEGADO PERIGO DE LEGITIMAÇÃO DE PRÁTICAS AUTORITÁRIAS

Das três ordens de críticas assacadas ao princípio em comento, a mais grave constitui a acusação de que a proposta de supremacia do interesse público proporciona um argumento jurídico justificador e legitimatório de condutas autoritárias da Administração Pública contra o cidadão. Sustentam, alguns autores, que “a cosmovisão subjacente ao princípio em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários”¹⁰⁵⁹, e que a “supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direitos”¹⁰⁶⁰.

Essa refutação do princípio da supremacia do interesse público pode ser resumida em três argumentos principais: (i) a perspectiva ignora as pretensões e anseios dos indivíduos, por fundar-se numa concepção organicista ou utilitarista de sociedade (5.1.); (ii) o princípio, por desconsiderar – supostamente – os interesses individuais, afrontaria a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão (5.2.); (iii) em face da vagueza do conceito de interesse público e da afirmação de sua supremacia absoluta sobre os interesses dos indivíduos, o princípio propiciaria um fundamento jurídico apto a legitimar arbitrariedades cometidas pela Administração, consubstanciando a nova roupagem das “razões de Estado” (5.3.).

Tais oposições, como se verá, não ostentam condições de prosperar. Tamanha é a compatibilidade da noção contemporânea de interesse público e da sua supremacia com os postulados do Estado Democrático de Direito, que diversos ordenamentos jurídicos considerados democráticos possuem tal categoria consagrada em seus textos constitucionais e legais¹⁰⁶¹. É caso da Constituição espanhola, que, como visto, estabelece em seu art. 103.1 que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía,*

¹⁰⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁰⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo... *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁰⁶¹ A afirmação pode ser ilustrada através das referências às Constituições uruguaia (1967), portuguesa (1976) e espanhola (1978), feitas na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitens “2.2.2. Interesse público em sentido amplo” e “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

Interpretando tal dispositivo, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz aduz que a ideia de serviço objetivo aos interesses gerais indica certamente o sentido e o alcance do papel da Administração Pública em relação à cidadania, eliminando-se, em razão de tal princípio constitucional, “toda reminiscência de arbitrariedade, de abuso”.¹⁰⁶² Percebe-se, com isso, a improcedência da afirmação de que o recurso à noção de interesse público é tributário de uma concepção autoritária de Direito Administrativo. Ademais, o jurista citado identifica na garantia do interesse público “a principal tarefa do Estado e, por isso, do Direito Administrativo”.¹⁰⁶³

Assim, uma correta compreensão do significado do princípio em discussão demonstra, com tranquilidade, que os argumentos que buscam lhe imputar um caráter autoritário decorrem de uma errônea inteligência da norma da supremacia do interesse público, conforme se tentará demonstrar a seguir.

5.1. “Desconsideração do indivíduo (vinculação ao organicismo ou ao utilitarismo)”

O primeiro motivo que, segundo parcela da doutrina, faria do princípio da supremacia do interesse público um elemento legitimador de práticas autoritárias da Administração Pública seria a sua vinculação com o organicismo ou com o utilitarismo, correntes de pensamento que sobrepõem os anseios da coletividade ou a soma dos interesses particulares aos interesses de cada indivíduo.

É o que propõe Daniel Sarmiento, ao consignar que a supremacia do interesse público só poderia ser justificada sob o ponto de vista moral a partir de uma dessas duas formas de encarar a sociedade. Se acolhido o organicismo, o interesse público

¹⁰⁶² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, nº 20, Belo Horizonte: Fórum, p. 11-39, abr./jun. 2005. p. 18.

¹⁰⁶³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El marco constitucional del Derecho Administrativo español (el Derecho Administrativo Constitucional). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, nº 29, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jul./set. 2007. p. 127-128.

constituiria “algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política”; se adotado o utilitarismo, “ele confundir-se-ia com tais interesses [particulares], correspondendo a uma fórmula para a sua maximização”¹⁰⁶⁴. Gustavo Binenbojm faz coro ao autor, sugerindo que o princípio em questão “teria justificativa a partir das perspectivas do *organicismo* e o *utilitarismo*”, razão pela qual “se revela totalmente incompatível com a espinha dorsal do Estado democrático de direito”¹⁰⁶⁵.

Sob a perspectiva organicista, cada comunidade política permeia-se por objetivos que excedem aqueles de seus membros¹⁰⁶⁶, com eles não se confundindo, e deles não dependendo. O interesse da coletividade é compreendido como superior e desvinculado dos interesses dos seus integrantes, devendo prevalecer sobre estes de forma absoluta. Foi a fórmula empregada nos sistemas políticos totalitários do século XX, como o nazismo e o fascismo¹⁰⁶⁷. Acusando ser essa a concepção de interesse público inerente ao princípio da supremacia, Gustavo Binenbojm diz parecer “nitidamente organicista – e, *a fortiori*, totalitária e liberticida – a tese da existência de um interesse público superior e inconfundível com os interesses dos integrantes da sociedade política”¹⁰⁶⁸.

Já a vertente utilitarista enxerga o interesse público como o somatório dos interesses de cada membro da comunidade, devendo prevalecer aqueles interesses que, numericamente, fossem compartilhados pelo maior número de indivíduos. Seguindo essa linha teórica, o Estado deveria optar sempre pela escolha mais apta a realizar, no maior grau possível, as preferências do maior número de integrantes da sociedade¹⁰⁶⁹. Essa lógica que, consoante Sarmento e Binenbojm, poderia também fundamentar a supremacia do interesse público, seria incompatível com a racionalidade do sistema de direitos fundamentais, que em vez de propor a maximização dos interesses do maior número de indivíduos, radica-se na ideia de “preservação e promoção dos valores

¹⁰⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 52.

¹⁰⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁰⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁰⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 82.

¹⁰⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*, p. 83.

¹⁰⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 59-60.

morais sobre os quais se erigem noções como a de dignidade da pessoa humana, ainda quando *contraproducentes* de um ponto de vista puramente utilitário”¹⁰⁷⁰.

Como se perceberá no caminho trilhado nas próximas páginas, a crítica mais uma vez improcede, pois: (5.1.1.) a concepção de sociedade subjacente ao princípio da supremacia do interesse público não é o organicismo ou o utilitarismo, mas sim o personalismo solidário; (5.1.2.) essa concepção, ao contrário do que propagam tais autores, leva em consideração os interesses do indivíduo, visto que o interesse público é composto pela dimensão pública dos interesses individuais (interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade); (5.1.3.) não só a doutrina, como também a jurisprudência, de há muito, reconhecem como interesse público uma série de interesses individuais, o que exime de qualquer ranço autoritário a afirmação de sua supremacia.

5.1.1. O personalismo solidário

A assimilação do princípio constitucional da supremacia do interesse público com o organicismo ou com o utilitarismo é equivocada, refletindo uma errônea compreensão do seu significado. Primeiro, porque há outras concepções políticas que privilegiam os interesses da coletividade, sem significar desconsideração com o indivíduo, como se verificará a seguir. Segundo, porque a noção de interesse público própria do princípio em debate não ignora os interesses individuais, como se observará nos subitens 5.1.2. e 5.1.3.

Em verticalizado estudo acerca da concepção de bem comum sob o prisma do Direito Constitucional, Alfonso Santiago assevera que, sobre a relação entre o indivíduo e a sociedade política, é possível, de modo esquemático e sintético, anotar a existência de pelo menos três visões radicalmente distintas do homem, com significativas repercussões para a vida social, política e econômica: (i) o *individualismo*; (ii) o *coletivismo totalitário*; e (iii) o *personalismo solidário*.¹⁰⁷¹

¹⁰⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 85.

¹⁰⁷¹ SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidário como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 50.

O *individualismo*, originado na confluência das correntes iluministas europeias, representa uma visão atomizada da vida social, na qual o homem é compreendido como um ser ilhado e desconectado dos demais, cuja existência se esgota em si mesmo¹⁰⁷². O motor que move a vida do homem, para o viés individualista, é a busca exclusiva do próprio interesse individual, de maneira que a impossibilidade de os indivíduos compartilharem uma visão comum do bem leva a sociedade a se organizar em torno do alcance dos interesses particulares, com um mínimo de coordenação de tais interesses. Consoante essa perspectiva, a origem do Estado está no pacto social que os indivíduos realizam voluntariamente, cedendo parcela de seus interesses individuais para conseguir proteger o restante de seus interesses.¹⁰⁷³

O bem comum, para a óptica individualista, reduz-se à proteção eficaz dos direitos e interesses individuais, e a isso se resume a atuação do Estado. E o Direito tem como função primordial apenas permitir e garantir o desenvolvimento autônomo dos próprios interesses pessoais, o que leva a uma contraposição entre indivíduo e Estado, concebendo-se a Administração Pública como uma ameaça à liberdade individual que deve ser controlada e restringida. Como consequência, o *individualismo* exige um Estado mínimo e abstencionista, que em matéria econômica deixa quase tudo à livre iniciativa particular e à ação das forças do mercado.¹⁰⁷⁴

De acordo com Alfonso Santiago, com base em tais premissas não é possível, nem conveniente, o conceito de bem comum, admitindo-se somente a existência de interesses individuais. Assim, o único interesse público que pode ser seguramente identificado no liberalismo diz respeito à convenção de regras do jogo, que corroborem o interesse da maioria e se limitem a permitir “uma coexistência pacífica dos diversos projetos de vida, concebidos de modo ilhado e fragmentado”¹⁰⁷⁵. Dentro do *individualismo*, poder-se-ia enquadrar o *utilitarismo*, pois essa vertente propõe que a soma dos interesses de um número maior de indivíduos deve prevalecer sobre os interesses da minoria.

¹⁰⁷² SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 51.

¹⁰⁷³ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 53-55.

¹⁰⁷⁴ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 55-57.

¹⁰⁷⁵ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 58.

O *coletivismo totalitário*, ao contrário do *individualismo*, parte da ideia de que o indivíduo nada mais é do que um componente do Estado, nele se dissolvendo por completo¹⁰⁷⁶. A pessoa encontra-se subordinada incondicionalmente à coletividade, não se admitindo a oposição de interesses individuais às exigências do todo, incorporadas pelo Estado. Este é compreendido, sobretudo na concepção hegeliana, como “um ser de superior entidade ontológica em relação ao indivíduo singularmente considerado”¹⁰⁷⁷, um ente autônomo com interesses próprios.

Tal corrente revela a perspectiva política de sociedade inerente aos regimes totalitários modernos, como o nazi-fascismo e o comunismo¹⁰⁷⁸, que efetivamente manipularam a noção de *interesse geral* para sacrificar direitos e liberdades fundamentais, como salienta José Luis Meilán Gil¹⁰⁷⁹. Aí estaria inserido o *organicismo* enunciado por Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm, que sobreporia supostos interesses da coletividade sobre interesses e direitos dos indivíduos.

Ocorre que nenhuma dessas correntes de pensamento se coaduna com as bases do princípio constitucional da supremacia do interesse público. Este se funda, ao que tudo indica, na terceira visão da relação indivíduo-sociedade política arrolada por Alfonso Santiago: o *personalismo solidário*. Tal corrente acentua a proposta do *personalismo* de pôr em relevo a centralidade do ser humano na vida social, e a ela associa a ideia de *solidariedade*, segundo a qual cada pessoa guarda um forte vínculo que a une aos demais integrantes da sociedade¹⁰⁸⁰.

O *personalismo solidário*, na formulação do autor, busca harmonizar a pessoa humana com os vários grupos sociais e com o Estado. Suas premissas são: (i) a *dignidade* do ser humano, concebido como um fim em si mesmo que nunca pode ser tratado como meio, sendo sempre sujeito e jamais objeto; e (ii) a natureza social (*sociabilidade*) e política (*politicidade*) da pessoa, cuja sobrevivência pressupõe o seu relacionamento com outros seres humanos, que são indispensáveis não apenas para a

¹⁰⁷⁶ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 59.

¹⁰⁷⁷ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 60-61.

¹⁰⁷⁸ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 61.

¹⁰⁷⁹ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... *Op. Cit.*, p. 102.

¹⁰⁸⁰ SANTIAGO, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 62.

satisfação das suas necessidades, como também para a sua realização pessoal, através da comunicação e da interação com os demais.¹⁰⁸¹

A soma desses dois pressupostos conduz a uma formulação que se afasta do *individualismo*, por considerar a pessoa como inseparável da sociedade humana onde vive e se desenvolve, o que faz com que “certos âmbitos de bens pessoais devam ceder frente às justas exigências do bem comum”¹⁰⁸². O caráter social (*sociabilidade*) e político (*politicidade*) de cada pessoa impede que os interesses individuais restem exacerbados. Por outro lado, distancia-se também do *coletivismo totalitário*, porque embora a pessoa necessite da comunidade política, ela não é absorvida por esta. A *dignidade* inerente a cada ser humano põe o Estado a serviço da pessoa,¹⁰⁸³ de sorte que o bem comum não se determina em abstrato, mas a partir das necessidades existenciais concretas experimentadas por cada um.¹⁰⁸⁴

Por isso, não se pode reputar como *utilitarista* toda e qualquer concepção de interesse público que leve em conta os interesses coincidentes da maioria dos indivíduos. O que caracteriza essencialmente o *utilitarismo*, próprio do liberalismo econômico, é a premissa de que não é necessária a intervenção do poder político para regular as relações entre os indivíduos, de modo que a melhor maneira para lograr o alcance do interesse público seria permitir que cada indivíduo pudesse seguir os seus próprios interesses particulares.¹⁰⁸⁵ E essa ideia não guarda qualquer relação com o que determina o princípio constitucional da supremacia do interesse público.

Quanto ao repúdio ao *organicismo*, manifestado pelos autores da crítica em comento, é certo que se deve, contemporaneamente, rejeitar qualquer proposição que busque suprimir a dignidade de uma pessoa, eliminando seus direitos fundamentais, a pretexto de realizar os interesses da coletividade. Essa constatação nada tem a ver com o princípio da supremacia do interesse público. A confusão acontece porque, como bem observado por Alejandro Nieto, os juristas, calejados pelos excessos totalitaristas,

¹⁰⁸¹ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 65 *et seq.*

¹⁰⁸² SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, p. 68.

¹⁰⁸³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*. Caracas: Sherwood, 2005. p. 5.

¹⁰⁸⁴ SANTIAGO, Alfonso. *Idem*, *Ibidem*.

¹⁰⁸⁵ SAGUER, Marta Franch i. El interés público... *Op. Cit.*, p. 408.

acabam muitas vezes repelindo o bom e o mau das tendências antiliberais¹⁰⁸⁶. E com isso, terminam por igualar, sob o mesmo rótulo de autoritarismo, toda e qualquer posição contrária ao liberalismo.

O mencionado professor sublinha que a ideologia liberal foi sempre muito sedutora aos juristas, por significar uma proteção aos indivíduos, a qual constitui uma das finalidades do Direito. Mas contemporaneamente também incumbe ao sistema jurídico a proteção dos interesses da coletividade, e é aí que se impõe a superação do liberalismo, que pode enveredar ou para uma concepção *organicista* e totalitária, ou para o chamado Estado Social de Direito.¹⁰⁸⁷ Portanto, o *organicismo* não é a única alternativa possível ao liberalismo: o modelo social do Estado de Direito também se contrapõe a ele, priorizando, tanto quanto o *organicismo*, os interesses da coletividade, mas, diferentemente dele, sem suprimir os interesses dos indivíduos. Nesse segundo quadro é que se insere o princípio constitucional da supremacia do interesse público.

Adotando o caminho do Estado Social de Direito, Alejandro Nieto sustenta que, nesse contexto, “*a vocação do Direito Administrativo moderno consiste em assegurar a realização dos interesses coletivos, sem ceder por isso um passo na defesa até agora montada dos interesses individuais*”¹⁰⁸⁸. A proposta do autor parece afinar-se com a corrente do *personalismo solidário*, por reconhecer a necessidade de conciliar os interesses da coletividade enquanto tal (dimensão *social* e *política* da pessoa), com a proteção das individualidades (em respeito à *dignidade* de cada ser humano, singularmente considerado). Ao mesmo tempo em que assinala a necessidade de o Direito Administrativo tutelar os interesses da coletividade, o autor realça não ser essa a sua única tarefa, impendendo “romper com a ideia de que o interesse público é independente dos interesses individuais e coletivos”¹⁰⁸⁹.

Sendo assim, não se pode dizer que o princípio da supremacia do interesse público se enquadre nas vertentes *utilitarista* ou *organicista*. Ele se insere na lógica do

¹⁰⁸⁶ NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 23.

¹⁰⁸⁷ NIETO, Alejandro. *Idem, Ibidem*.

¹⁰⁸⁸ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 27 (grifos no original).

¹⁰⁸⁹ NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 28.

personalismo solidário, que, de um lado, realça a centralidade do ser humano na comunidade política, vedando supressões à sua dignidade, e, de outro, considera a pessoa como membro de uma rede de relações políticas e sociais, das quais depende e necessita, justificando a cessão de parcela de seus interesses individuais em prol da sobrevivência e do bem-estar da coletividade. E isso se dá, sobretudo, porque, na concepção de *interesse público* subjacente ao princípio em questão, os interesses dos indivíduos são também considerados, conforme a explicação adiante expendida.

5.1.2. A consideração do indivíduo

Georges Vedel e Pierre Devolvé afirmam existir dois erros quanto à definição do sentido político de *interesse público*: (i) o primeiro seria acreditar que o interesse público reduz-se à soma dos interesses particulares; (ii) o segundo, mais sutil, seria crer que “o interesse público não tem nada a ver com os indivíduos ou com os grupos que compõem a nação”¹⁰⁹⁰. Ao que parece, os críticos do princípio da supremacia do interesse público acusam os seus defensores de incorrer nesse segundo equívoco: o de pensar que o interesse público constitui algo autônomo, desvinculado dos interesses dos membros da coletividade.

Sobre o assunto, cumpre trazer à baila uma diferenciação entre dois modelos de interesse público, identificada por Jacques Chevallier. O autor considera o interesse geral como uma noção manejada para assegurar a legitimidade da ação administrativa, garantir sua coesão interna e obter a adesão dos administrados. Segundo o autor, ele pode se apresentar por meio de duas roupagens diferentes. O primeiro modelo enxerga o *interesse público como algo contraposto aos interesses particulares*, cabendo ao Estado garantir a sua prevalência. Cuida-se de algo intrinsecamente distinto dos interesses privados, que deve estar protegido contra a sua influência e a pressão dos

¹⁰⁹⁰ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. I. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 517.

grupos de interesse reivindicativos e agressivos, suscetíveis de ameaçar a neutralidade da Administração¹⁰⁹¹.

Para tanto, esse modelo entende necessário um afastamento do Poder Público em relação aos particulares, não se permitindo uma interlocução Estado/sociedade civil na busca do interesse geral. A Administração, sem discussão alguma com os sujeitos privados, impõe o interesse público assim definido exclusivamente pelas vias estatais. Foi a concepção de interesse geral que durante muito tempo prevaleceu na França¹⁰⁹².

O segundo modelo apresentado pelo jurista francês delineia o *interesse público como algo construído a partir dos interesses particulares*, e emergiu na maioria dos países com o desenvolvimento do intervencionismo estatal. Para essa visão, a formação do interesse geral compõe-se de interesses particulares, fragmentários e concorrenciais, os quais devem ser balanceados pelos agentes públicos de modo a encontrar a melhor solução possível. A Administração Pública, contrariamente ao outro modelo, não se afasta dos indivíduos, mas busca contatos sociais para poder identificar quais são os interesses que efetivamente merecem ser tutelados. Admite-se a participação popular na Administração Pública, como forma de qualificar as escolhas administrativas e contar com o beneplácito dos cidadãos¹⁰⁹³.

Um dos instrumentos que provocou a passagem do primeiro modelo ao segundo foi o discurso do serviço público.¹⁰⁹⁴ Nele, a figura do interesse público não aparece mais como algo abstrato, etéreo, criado exclusivamente pela Administração, mas sim como o interesse bem concreto dos destinatários da prestação: os cidadãos usuários. A Administração Pública deixa de ter como tarefa precípua dominar, devendo agora servir, ouvindo permanentemente os cidadãos para satisfazer suas necessidades e

¹⁰⁹¹ CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dir.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990, p. 143.

¹⁰⁹² CHEVALLIER, Jacques. *Idem, Ibidem*.

¹⁰⁹³ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*, p. 144.

¹⁰⁹⁴ Para uma análise desse discurso, ver: DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

anseios. “E as prerrogativas que ela detém não são mais do que o corolário e a contrapartida das responsabilidades que lhe incumbem”¹⁰⁹⁵.

Embora a formulação do princípio constitucional da supremacia do interesse público possa parecer mais ligada ao primeiro modelo, o fato é que a sua acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, que se estrutura em arquétipo de Estado Democrático de Direito,¹⁰⁹⁶ respalda-se na segunda concepção de interesse público ora apresentada. A partir do momento em que o Estado qualifica determinados interesses como públicos – e o faz mediante um processo complexo que deve contar com a participação dos cidadãos – eles devem prevalecer sobre os demais. O respaldo conferido pelos sujeitos privados ao participarem da construção desse interesse público, o qual muitas vezes se enraíza em uma plêiade de interesses individuais que merecem proteção jurídica, afasta qualquer autoritarismo na afirmação da sua supremacia.

Uma demonstração do que se está a dizer é a conceituação de *interesse público* formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, autor que originariamente identificou a existência do princípio da supremacia do interesse público no sistema jurídico pátrio. Como visto, o jurista, ao tecer o seu conceito jurídico de interesse público, expende longa digressão sobre a relação que guardam os interesses de cada indivíduo com o conteúdo do interesse público. O autor desde logo alerta existir, por vezes, “*um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*”, considerando ser errônea a “suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*”.¹⁰⁹⁷

Mais adiante, o administrativista repisa tratar-se de um erro atribuir ao interesse público o *status* de algo que existe por si mesmo, “como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”¹⁰⁹⁸. Resta claro, em sua conceituação, que o interesse público “não é senão uma dimensão dos interesses individuais”,

¹⁰⁹⁵ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*, p. 145.

¹⁰⁹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, *constitui-se em Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: (...)” (*grifei*).

¹⁰⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 181 (*grifos no original*).

¹⁰⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem*.

representando “*‘função’ qualificada dos interesses das partes*”¹⁰⁹⁹. Após aclarar esse aspecto, Bandeira de Mello questiona: “poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse *de cada um dos membros da sociedade*? Evidentemente, não”¹¹⁰⁰. Conclui o jurista, nessa linha, que o interesse público “nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade*”¹¹⁰¹.

A transcrição dos excertos acima justifica-se para demonstrar que, se bem compreendida a noção de interesse público (em sentido amplo) subjacente ao princípio em debate, inexistente qualquer vínculo entre a sua fundamentação e o *organicismo* ou o *utilitarismo*. O princípio não pressupõe o aniquilamento ou a desconsideração dos interesses dos indivíduos.¹¹⁰² Em uma de suas perspectivas, que leva em conta a acepção ampla de interesse público, ele simplesmente afasta a prevalência de interesses exclusivamente egoísticos (*puros e simples*, sem tutela jurídica, ou *ilícitos*), que não encontram respaldo no conjunto de interesses dos demais indivíduos enquanto membros da sociedade.

A concepção de interesse público de Héctor Jorge Escola, na mesma linha, destaca essa necessidade de levar em conta os interesses dos indivíduos, ao compreendê-lo como “resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos reconhecem, também, um interesse próprio e direto”¹¹⁰³. O interesse público, nessa perspectiva, não é algo completamente desligado das aspirações de cada indivíduo, singularmente considerado. Ele constitui a

¹⁰⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 182 (grifos no original).

¹¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem* (grifos no original).

¹¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, Ibidem* (grifos no original).

¹¹⁰² Gustavo Binenbojm, ainda que repete o princípio como vinculado ao *organicismo*, reconhece expressamente que na formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello os interesses individuais compõem o interesse público, que não constitui algo totalmente desvinculado das pretensões dos indivíduos: “A noção de interesse público é apresentada, na obra de Celso Antônio, como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social. Assim, na medida em que procura enfatizar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 87.

¹¹⁰³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 31.

própria condição de existência e de sobrevivência dos interesses dos particulares¹¹⁰⁴, razão pela qual sempre os levará em conta. Na mesma esteira, Jean Rivero defende que o interesse geral não é o “interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem”¹¹⁰⁵.

Não é diversa a percepção de Agustín Gordillo, para quem o interesse público só existirá quando “em uma maioria de indivíduos, cada um possa encontrar seu interesse individual: o ‘interesse público’ em que cada indivíduo não pode encontrar e identificar sua porção concreta de interesse individual é uma falácia”¹¹⁰⁶. O administrativista afirma ser também falácia a crença de que é possível beneficiar a coletividade através da aniquilação dos direitos dos indivíduos, já que isso significa destruir, igualmente, a base sobre a qual toda essa coletividade repousa¹¹⁰⁷.

A ressalva é, ademais, salientada por J. Roland Pennock, ao anotar que “tudo que faça parte do interesse público deve ser capaz de reconhecimento de indivíduos como um interesse de que participam no sentido de que querem vê-lo promovido ou de que deve ser promovido”¹¹⁰⁸. Luis de Morena y de la Morena, compartilhando dessa perspectiva, destaca que o interesse público deve poder ser reconduzido às exigências existenciais dos indivíduos, a partir de vínculos de interdependência firmados entre eles no seio de uma comunidade integrada¹¹⁰⁹.

Note-se, portanto, que a noção de interesse público presente nas concepções dos diversos autores citados leva em conta a manifestação dos interesses individuais, considerando-os como elementos do conteúdo do interesse público. De tal inferência decorre a constatação de que o princípio da supremacia do interesse público, se bem compreendido, não se encontra atrelado a concepções *organicistas* ou *utilitaristas*.

¹¹⁰⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 36.

¹¹⁰⁵ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 15.

¹¹⁰⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 2: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. VI-30.

¹¹⁰⁷ GORDILLO, Agustín. *Idem*, p. VI-31.

¹¹⁰⁸ PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 183.

¹¹⁰⁹ MORENA, Luis de la Morena y de la. *Derecho Administrativo e interés público... Op. Cit.*, p. 851.

5.1.3. Interesses individuais como interesse público

Cabe, ainda, expor a título ilustrativo alguns exemplos que atestam o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de interesses individuais como parte do interesse público, fato que mostra a improcedência do argumento de que a supremacia do interesse público implica uma desconsideração do indivíduo.

Na jurisprudência do Conselho do Estado francês reclama referência o caso *Couitéas*, julgado no ano de 1923.¹¹¹⁰ O senhor Couitéas havia comprado um terreno na Tunísia sobre o qual estavam instaladas tribos indígenas, e para imitir-se na posse conseguiu uma decisão judicial determinando a expulsão das famílias.¹¹¹¹ Na oportunidade, a Administração utilizou a sua prerrogativa de negar auxílio policial à execução de uma decisão judicial, em razão do risco de perturbar a ordem pública e o interesse da coletividade. Embora a omissão traduzisse o exercício de uma prerrogativa amparada pelo ordenamento jurídico, desprovida de caráter faltoso ou culposos, o Estado foi condenado a indenizar o senhor Couitéas, por ter suportado um sacrifício demasiadamente pesado em razão da supremacia do interesse público.¹¹¹²

A situação demonstra que, muito embora o proprietário possuísse o interesse individual de imitir-se na posse, o interesse coletivo dos 8.000 indígenas que ocupavam o terreno deveria prevalecer. No entanto, o interesse individual do senhor Couitéas não constituía um *interesse ilícito*, ou um *interesse puro e simples*: tratava-se de um interesse individual resguardado pelo ordenamento jurídico (*direito subjetivo*). Por essa razão, em que pese ter de ceder passo ao interesse da coletividade indígena – por conta da *norma-princípio* da supremacia do interesse público, que estabelece a prevalência *prima facie* do interesse geral sobre o individual quando ambos encontram-se juridicamente tutelados – o interesse do proprietário deveria ser salvaguardado de alguma forma.

¹¹¹⁰ FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Couitéas*, le 30 novembre 1923.

¹¹¹¹ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Op. Cit.*, p. 491.

¹¹¹² LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 253 *et seq.*

Através do reconhecimento do direito à indenização, suscitando uma hipótese de responsabilidade civil do Estado por omissão objetiva (*sans faute*), o Conselho de Estado francês acabou por admitir que o interesse individual do proprietário da área ocupada também se revelava como interesse público, motivo pelo qual mereceu proteção jurídica através da compensação pelo equivalente pecuniário. Se a supremacia do interesse público reproduzisse uma concepção *organicista* ou *utilitarista*, o interesse individual do senhor Couitéas de ao menos receber uma indenização seria ignorado e pulverizado, diante da preponderância incondicional do interesse da coletividade.

Outro exemplo, também apreciado pelo *Conseil d'État*, foi o caso *Ville de Sochaux*, julgado em 1971¹¹¹³. Na oportunidade, o Conselho declarou a utilidade pública de um projeto de desapropriação que tinha por objeto modificar a rota de uma estrada que atravessava uma usina particular. Reconheceu-se que o interesse público, no caso, consistia em “satisfazer naquele momento as necessidades da circulação e as exigências do desenvolvimento de um complexo industrial que exerce um papel importante da economia regional”¹¹¹⁴. No mesmo sentido pronunciou-se o Conselho no aresto *Robert-Léon Weyl*, proferido em 1974.¹¹¹⁵

Em ambos os casos, a jurisprudência reputou que o interesse de uma empresa privada poderia retratar um legítimo interesse público, em face da sua relevância para a comunidade local. Essa identificação de um interesse individual com o interesse público é manifestada também em sede doutrinária por Guillaume Merland, o qual considera que “ajudar uma empresa a se desenvolver pode ser considerado como um meio de lutar contra o desemprego: o interesse particular da empresa une-se portanto ao interesse geral da sociedade”¹¹¹⁶.

Por todos esses motivos, parece equivocado associar o princípio da supremacia do interesse público a uma concepção *organicista* ou *utilitarista*, já que os interesses

¹¹¹³ FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Ville de Sochaux*, le 20 juillet 1971.

¹¹¹⁴ VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Op. Cit.*, p. 519.

¹¹¹⁵ FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Robert-Léon Weyl*, le 26 juin 1974.

¹¹¹⁶ MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 38.

individuais, quando juridicamente tutelados, também fazem parte da própria noção jurídica de interesse público (*lato sensu*), o que afasta a acusação de que o princípio importaria supressão indevida de legítimos interesses dos indivíduos.

5.2. “Incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais”

A segunda crítica que sugere o autoritarismo do princípio constitucional da supremacia do interesse público consiste na acusação de sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o sistema de direitos fundamentais, pontos nevrálgicos do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Assim se manifesta Daniel Sarmiento, quando argumenta que segundo a doutrina brasileira, o princípio em comento, ao incidir “sobre os direitos fundamentais, teria o condão de esvaziá-los por completo”¹¹¹⁷. Alega ainda que “é bem diferente afirmar que a Administração deve perseguir interesses públicos, afetos à coletividade (...) e sustentar que estes interesses da coletividade devam prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos”, razão pela qual o “discurso da supremacia do interesse público encerra um grave risco para a tutela de tais direitos”¹¹¹⁸.

Guardando posição similar, Gustavo Binimbojm ressalta que a ideia inerente ao princípio da supremacia do interesse público “não resiste à emergência do constitucionalismo e à consagração dos direitos fundamentais e da democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito”¹¹¹⁹. Pelo mesmo fundamento, Marçal Justen Filho entende que tal princípio só pode ser acolhido em Estados totalitários, que tolhem da pessoa humana a sua condição de sujeito de direitos.¹¹²⁰

¹¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 89.

¹¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Idem, Ibidem*.

¹¹¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 30.

¹¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo... *Op. Cit.*, p. 79. Insta registrar a mudança de opinião do autor. Em artigo publicado quase 10 anos antes, Marçal Justen Filho afirmava que no contexto de democratização e subordinação da atividade administrativa aos princípios jurídicos fundamentais o conceito de interesse público exercia função relevante, de modo que a afirmação da sua supremacia correspondia ao reconhecimento da natureza instrumental dos poderes

Sem embargo, tal posicionamento não pode prosperar, considerando-se que: (5.2.1.) os direitos fundamentais e a dignidade humana constituem o núcleo de certeza positiva do interesse público, fato que impede a sua eventual contraposição; (5.2.2.) as restrições de direitos fundamentais baseadas em interesses da coletividade devem ser proporcionais e razoáveis, orientadas por parâmetros jurídicos, não sendo admitida toda e qualquer limitação a esses direitos; (5.2.3.) nos casos em que um direito fundamental individual restar afastado em nome de um bem da coletividade protegido pelo sistema normativo e isso acarretar ao seu titular um prejuízo anormal e especial, a ele será garantida uma compensação jurídica.

5.2.1. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais como núcleo do interesse público

Uma proposição jurídica que estabelecesse a sucumbência da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em toda e qualquer hipótese em que colidissem com abstratos e pretensos interesses da coletividade importaria, seguramente, uma norma incompatível com a racionalidade inerente ao Estado Constitucional de Direito contemporâneo. Não é disso, no entanto, que se trata o princípio constitucional da supremacia do interesse público.

As acusações de que o manejo do conceito de interesse público e a afirmação de sua supremacia destoam da lógica do Estado Constitucional im procedem. A íntima conexão entre a noção sob análise e os direitos fundamentais transparece cristalina na doutrina, especialmente estrangeira, constituindo um ponto pacífico no Direito comparado. Justifica-se, pois, uma incursão no pensamento desses autores para demonstrar que o receio de parcela da doutrina brasileira, de que a supremacia do interesse público importe afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana, não merece acolhida.

estatais. Admitia expressamente que “a construção doutrinária que privilegia o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político”, assinalando apenas o “risco da aplicação equivocada do referido princípio”, sem negar, contudo, toda e qualquer aplicação dele. Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 115-116.

Autores como Héctor Jorge Escola, que identificam no interesse público o fundamento do Direito Administrativo reconhecem categoricamente que “resultam muito estreitas as relações que o direito administrativo mantém com o direito constitucional, ao que se encontra subordinado, e que constitui a sua espinha dorsal”, seja porque a Administração “deve mover-se dentro dos limites estabelecidos pelo marco constitucional”, seja porque “a Constituição nacional, especialmente através de seu preâmbulo, fixa uma série de finalidades que constituem um programa geral de governo”, de maneira que “toda ação (...) da própria administração pública deve estar dirigida a concretizar essas superiores finalidades”.¹¹²¹

Nessa medida, da indissociável simbiose que preside a relação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional,¹¹²² resulta o dever da Administração Pública de perseguir os valores plasmados no tecido da Constituição, sobretudo dos princípios constitucionais fundamentais, situados no Título I (arts. 1º a 4º) da Constituição Federal de 1988, e nos direitos e garantias fundamentais, arrolados no Título II (art. 5º a 17) da Lei Maior. A localização topográfica de tais disposições, enunciadas já no início da tessitura constitucional brasileira, bem demonstra a preocupação do constituinte em privilegiar, ao menos no plano axiológico, o seu conteúdo normativo vinculante no âmbito da ordem constitucional pátria.¹¹²³

Não resta qualquer dúvida, nesse passo, de que o interesse público a ser tutelado pelo Poder Público está consubstanciado primordialmente nessas normas, dentre as quais se encontram a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão. É precisamente pelo fato de tais valores retratarem relevantíssimos interesses da coletividade que o constituinte os protegeu, inclusive, contra maiorias eventuais no

¹¹²¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 20-21.

¹¹²² Uma demonstração dessa estreita relação pode ser verificada na obra de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, que se refere à disciplina como “Direito Administrativo Constitucional”. Cf.: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo Español*. t. I: Introducción al Derecho Administrativo Constitucional. La Coruña: Netbiblio, 2008.

¹¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 76-77.

Poder Legislativo, outorgando-lhes uma supra-rigidez ao blindá-los contra tentativas de abolição decorrentes de Emendas Constitucionais (art. 60, §4º, IV da CF¹¹²⁴).

Os direitos fundamentais, consoante conhecida formulação de Robert Alexy, traduzem posições jurídicas que, desde o prisma do Direito Constitucional, ostentam tamanha importância que o seu reconhecimento ou denegação não podem ficar à livre disposição do legislador ordinário, nas mãos da maioria parlamentar simples.¹¹²⁵ Essa definição bem demonstra a estreita conexão de tais direitos com a noção de interesse público: a proteção dos direitos fundamentais contra investidas de maiorias eventuais no Parlamento indica que eles são tão importantes para a coletividade que devem ser tutelados até mesmo contra decisões majoritárias. São, por isso, considerados por Ronald Dworkin como trunfos contra a maioria.¹¹²⁶

Assim, na esteira do que invoca Héctor Jorge Escola, o Direito Administrativo constitui justamente a disciplina que se propõe a influenciar na reformulação de um Estado de Direito que, muito além de se limitar a definir e garantir a liberdade e os direitos individuais, como um mero protocolo de intenções, “procura alcançar que cada homem goze efetivamente dessa liberdade e desses direitos, através da primazia de um interesse público, em que se lhes reconhecem claramente refletidos e consubstanciados”¹¹²⁷. Os direitos fundamentais, portanto, reconhecem-se nesse interesse público que desfruta de supremacia, de modo que a supremacia do interesse público traduzirá a primazia dos direitos fundamentais, não representando qualquer espécie de ameaça a tais direitos.

Essa vinculação pode ser claramente identificada nas obras de outros juristas que erigem o interesse público ao patamar de alicerce fundador do Direito

¹¹²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “**Art. 60.** (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) **IV** - os direitos e garantias individuais”.

¹¹²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 395.

¹¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XV e 283 *et seq.* Desenvolvendo raciocínio inspirado em Dworkin, ver: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: _____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 17-67.

¹¹²⁷ ESCOLA, Héctor Jorge. Op. Cit., p. 20.

Administrativo. É o caso de Luis de la Morena y de la Morena, que define esse ramo jurídico nos seguintes termos:

Direito que, uma vez declarados públicos pela direção política de uma comunidade determinados interesses desta, funda, correlativamente, uma ou mais Administrações públicas, às quais personifica e investe de um regime de poder e de atuação diferenciados, para que, já operando por si mesmas, já através de agentes sociais controlados por elas, assegurem sua imediata realização, sem minguar das garantias devidas aos titulares dos interesses privados contrapostos que para isso seja necessário limitar ou resultem prejudicados.¹¹²⁸

Note-se que o autor, mesmo propondo uma definição de Direito Administrativo enraizada na noção-chave de interesse público¹¹²⁹ e fundada na premissa de que a Administração é dotada de prerrogativas especiais de ação, leva em conta expressamente “as garantias dos titulares de interesses privados contrapostos que para isso seja necessário limitar ou resultem prejudicados”. O fato de a Administração Pública se beneficiar de prerrogativas especiais para alcançar o interesse público, voltadas a afastar a resistência que os titulares de interesses privados possam opor às suas decisões, logicamente não conduz à imediata conclusão de que eles estejam indefesos em face de qualquer arbitrariedade do Poder Público, quando esta estiver travestida de uma conduta legítima.¹¹³⁰

Isso levaria à negação da própria essência do Direito Administrativo, que, se assim o fosse, sequer poderia se denominar “Direito”. Como bem adverte o administrativista supracitado, todo ramo jurídico, inclusive o Direito Administrativo, não é outra coisa senão “uma confrontação abstrata de interesses em conflito, decidindo qual deles deve prevalecer, por quem deverá ser declarada em cada situação essa prevalência, e através de que procedimentos se lhe deverá fazer valer”¹¹³¹.

A partir desse raciocínio, Luis de la Morena y de la Morena ressalta que a lógica do Direito Administrativo impede esse tipo de subversão, supostamente conducente à fragilidade do particular ante as prerrogativas da Administração,

¹¹²⁸ MORENA, Luis de la Morena y de la. *Derecho Administrativo e interés público... Op. Cit.*, p. 850.

¹¹²⁹ O próprio autor afirma, logo antes de apresentar sua definição, que se trata de uma concepção “interessantista” de Direito Administrativo, fulcrada na noção de interesse público. MORENA, Luis de la Morena y de la. *Idem, Ibidem*.

¹¹³⁰ MORENA, Luis de la Morena y de la. *Idem*, p. 856-857.

¹¹³¹ MORENA, Luis de la Morena y de la. *Idem*, p. 857.

mediante três garantias básicas: (i) uma garantia *material*, objetiva, estabelecida pela valoração abstratamente realizada pela norma jurídica, que de antemão já sopesou os interesses passíveis de conflito; (ii) uma garantia *competencial*, por meio da qual se fixa antecipadamente qual esfera da Administração Pública e qual órgão dentro dela deverá declarar, em cada caso concreto, qual é a solução, dentre as possíveis, mais adequada às exigências do interesse público, consoante os termos valorativos realizados pela própria norma aplicável ao caso; (iii) uma garantia *procedimental*, a qual definirá qual a liturgia e quais formalidades o órgão competente deverá seguir, antes de declarar a sua solução, para que esta seja efetivamente a decisão pretendida pela norma aplicável, e não aquela que, subjetivamente, pareça-lhe a mais adequada.¹¹³²

Por esse motivo, concorda-se com Jean-Éric Schoettl quando adverte que a imagem de uma balança com os direitos e liberdades constitucionais em um prato, e elementos apresentados sob o rótulo de interesse público em outro, representa indubitavelmente um quadro exagerado das coisas. Trata-se de uma falsa dicotomia, pois, como sublinha o autor, o interesse geral não é formado de uma substância estranha aos direitos fundamentais. E isso por três razões essenciais: (i) os motivos que em geral são extraídos do interesse geral, como saúde pública, segurança, ordem pública, constituem garantias clássicas do exercício dos direitos de liberdade; (ii) o interesse público é com frequência invocado quando se pensa nos direitos e liberdades de gerações futuras; (iii) a noção sob análise é comumente evocada quando estão envolvidos, de modo indireto e difuso, alguns aspectos dos direitos e liberdades de uma pluralidade de pessoas.¹¹³³

Na mesma senda posiciona-se Regina Maria Macedo Nery Ferrari, segundo a qual “não procede o argumento dos que negam a supremacia do interesse público a partir do necessário respeito aos direitos fundamentais”, uma vez que “existe um vínculo, indissociável, entre o Estado e a satisfação do interesse público e entre este e o respeito pela dignidade da pessoa humana”. Em razão disso, “nenhum interesse pode

¹¹³² MORENA, Luis de la Morena y de la. *Idem, Ibidem*.

¹¹³³ SCHOETTL, Jean-Éric *et alli*. Débats. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 71.

ser considerado público se levar ao sacrifício dos valores e dos direitos fundamentais”.¹¹³⁴

Na doutrina estrangeira, merece especial destaque o pensamento de dois Professores Catedráticos de Direito Administrativo da Universidade de La Coruña, que, além de já virem defendendo tais ideias em investigações mais antigas, têm sustentado em recentes estudos a inclusão dos direitos fundamentais no cerne do conceito de interesse público. As sólidas construções teóricas de tais autores afastam qualquer possibilidade de se contrapor o interesse geral aos direitos fundamentais. Cuidam-se das lições de José Luis Meilán Gil e Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

De acordo com Meilán Gil, o conteúdo do interesse público irá depender do que o órgão de representação popular defina como tal, em cada momento histórico. Consiste em uma decisão variável, correspondente às escolhas democráticas da população. Contudo, há um núcleo objetivo do interesse geral, que não pode ser relativizado nem mesmo pelos legítimos titulares do poder político, composto pelos direitos e liberdades fundamentais da pessoa, que traduzem o cerne desse conceito. E é exatamente por isso que jamais se poderá invocar o interesse geral para eliminar tais direitos¹¹³⁵. Nos dizeres do autor, “*os direitos fundamentais formam parte dos interesses gerais*, constituem seu ‘núcleo duro’ que os poderes públicos e, em concreto a Administração, hão de servir”¹¹³⁶, não apenas respeitando-os, como também utilizando-os como norte de sua atuação.

A referência ao pensamento de José Luis Meilán Gil reclama redobrada atenção, em razão da relevante participação que o jurista exerceu no processo de elaboração da Constituição espanhola de 1978, especificamente nos temas da submissão da Administração aos interesses gerais e na vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais. Como relata o próprio autor, no início de sua

¹¹³⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público*: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 297.

¹¹³⁵ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... *Op. Cit.*, p. 102.

¹¹³⁶ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 181 (*grifos no original*).

carreira acadêmica, em 1967, contrariou a doutrina dominante que definia o Direito Administrativo como Direito da Administração Pública¹¹³⁷, ao apontar como elemento caracterizador desse ramo jurídico a submissão estatal aos interesses coletivos.¹¹³⁸

Na qualidade de deputado constituinte, em 1978, Meilán Gil foi o autor de duas propostas de artigos que, posteriormente, com ligeiras modificações, foram incorporados na atual Constituição espanhola. A primeira delas foi aquela que resultou no atual art. 103.1, segundo o qual “A Administração serve com objetividade aos interesses gerais (...)”. A segunda transformou-se no art. 9 da Lei Fundamental de 1978, que estabelece a vinculação de todos os órgãos do Estado à Constituição e aos direitos fundamentais.¹¹³⁹ Com isso, demonstra-se a plena compatibilidade entre o interesse público e tais direitos, visto que o mesmo autor da proposta que sujeitou a Administração ao serviço objetivo dos interesses gerais foi responsável pela inserção da submissão constitucional dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais.

Por sua vez, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ressalta que o mais relevante interesse público repousa na promoção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, a ser perseguido em qualquer atividade administrativa, revelando-se como “a principal luz que projeta a funcionalidade dos direitos fundamentais sobre o sentido (...) do Estado e de todas as suas instituições, sejam de fomento, de serviço público ou de polícia”¹¹⁴⁰.

O jurista acentua que a essência do interesse público como tarefa suprema do Estado revela-se na centralidade da dignidade do ser humano, visto que a função básica do Poder Público consiste na melhora das condições de vida da população, notadamente no que se refere ao pleno desfrute dos direitos fundamentais por cada um dos cidadãos¹¹⁴¹. Em razão disso, conclui que “a promoção dos direitos fundamentais

¹¹³⁷ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... *Op. Cit.*, p. 102.

¹¹³⁸ MEILÁN GIL, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

¹¹³⁹ MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global... *Op. Cit.*, p. 103.

¹¹⁴⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 108.

¹¹⁴¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 111.

da pessoa é um dos principais conteúdos que caracterizam o interesse público na Constituição espanhola”¹¹⁴².

O administrativista demonstra, ainda, que a posição por ele defendida encontra guarida em diversas decisões do Tribunal Constitucional espanhol, traduzindo posição consolidada da Corte, que ao invés de contrapor o interesse público aos direitos fundamentais, reconhece que estes constituem a substância daquele¹¹⁴³. Mencione-se, por exemplo, a Sentença do Tribunal Constitucional de 12 de dezembro de 1986, com citação da sentença de 14 de julho de 1981, segundo a qual: “os direitos fundamentais resultam ser elementos essenciais de um ordenamento objetivo da Comunidade nacional, reiterando o destacado interesse público que se acha na base da tutela dos direitos fundamentais”¹¹⁴⁴.

Partindo de igual premissa, em outro julgado, o Tribunal Constitucional espanhol teve a oportunidade de consignar expressamente que “resulta fictícia a contraposição entre o interesse particular subjacente às primeiras (direitos fundamentais) e o interesse público que, em certos casos, aconselha sua restrição”¹¹⁴⁵, pelo fato de que tanto os “direitos individuais como suas limitações, enquanto se derivam do respeito à Lei e aos direitos dos demais, são igualmente considerados pelo artigo 101.1. da Constituição ‘como fundamento da ordem política e da paz social’”¹¹⁴⁶.

No Direito argentino, Jorge Luis Salomoni aponta como decorrência do conceito de interesse público a “obrigação constitucional do Estado de promover o

¹¹⁴² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 112.

¹¹⁴³ “Afortunadamente, a afirmação de que o interesse geral se orienta em direção à proteção dos direitos fundamentais pode dizer-se que se encontra perfeitamente consolidada na jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 128.

¹¹⁴⁴ ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Sentencia de 14 de julio de 1981. Tradução livre. No original: “...los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales”.

¹¹⁴⁵ ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Sentencia de 12 de diciembre de 1986. Tradução livre. No original: “resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras (derechos fundamentales) y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción”.

¹¹⁴⁶ ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Sentencia de 12 de diciembre de 1986. Tradução livre. No original: “derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto se derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 101.1 de la Constitución ‘como fundamento del orden político y de la paz social’”.

bem-estar geral e a prosperidade do país e das províncias”.¹¹⁴⁷ O jurista propõe uma interessante concepção de interesse público fundada na realização dos direitos fundamentais e, muito especialmente, dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais.¹¹⁴⁸ Para o autor, a finalidade dessa noção reside na “proteção dos direitos essenciais do homem, e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade”. É possível, segundo o professor argentino, compreender o bem comum dentro do contexto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como “um conceito referente às condições da vida social, que permite aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos”.¹¹⁴⁹

Some-se aos ensinamentos de tais autores a posição de Jorge Correa Fontecilla, para quem o interesse público deve contribuir à realização da dignidade humana na escala mais ampla possível. Esse será o objetivo mais importante do interesse público, consoante o autor, eis que a dignidade do ser humano implica: (i) “o reconhecimento do indivíduo como homem, a proteção do ser humano em sua qualidade de tal”, (ii) “o incentivo ao desenvolvimento dessa condição”, e (iii) “o respeito que toda pessoa deve ter pelo caráter humano dos outros indivíduos de sua espécie e pela comunidade”¹¹⁵⁰.

Frente a essa ordem de considerações, Bertrand Mathieu explica que uma determinação do interesse público dessa natureza “não pode conduzir a uma sociedade totalitária, o que poderia ser a sua inclinação natural, justamente porque ela só pode se exprimir no respeito aos direitos fundamentais individuais”¹¹⁵¹. Afinal, os poderes

¹¹⁴⁷ SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia... *Op. Cit.*, p. 136.

¹¹⁴⁸ Sobre a relação entre direitos humanos, Constituição e Direito Administrativo, ver também: COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez. Derecho Administrativo, Constitución y derechos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010.

¹¹⁴⁹ SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: _____; Romeu Felipe Bacellar Filho; Domingo Juan Sesín (Orgs.). *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 25.

¹¹⁵⁰ FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, nº 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135-161, ene./abr. 2006. p. 142.

¹¹⁵¹ MATHIEU, Bertrand. Propos introductifs. In: _____; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 6.

desiguais que o Direito Administrativo confere aos Poderes Públicos para a consecução do interesse público não lhes são atribuídos em seu próprio benefício, mas sim a serviço dos direitos dos cidadãos¹¹⁵². Do contrário, a Administração não estaria utilizando as suas prerrogativas em prol do interesse geral, “definido primariamente a partir dos direitos fundamentais”¹¹⁵³.

Com supedâneo em tais ilações, resta clara a impossibilidade de se considerar os direitos fundamentais como interesses privados. Esse é um equívoco no qual incorrem os diversos autores que repudiam o princípio constitucional da supremacia do interesse público. É o caso de Gustavo Binenbojm, quando alude à “realização de interesses privados (reconhecidos pela Constituição como direitos fundamentais)”¹¹⁵⁴. Na mesma senda, Humberto Ávila¹¹⁵⁵, Paulo Schier¹¹⁵⁶ e Alexandre Santos de Aragão¹¹⁵⁷ referem-se a direitos fundamentais individuais como liberdade, igualdade, propriedade privada, intimidade, sigilo telefônico, entre outros, como se interesses privados fossem.

Contrariando o entendimento de tais autores, Luís Roberto Barroso averba expressamente que a proteção de direitos fundamentais como a integridade física de um detento, a educação primária de uma criança e a liberdade de expressão de um jornalista refletem a promoção do interesse público, “mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada”¹¹⁵⁸. É essa a posição que ora se adota, alinhando-se às inúmeras manifestações doutrinárias anteriormente expostas.

Desse modo, não se pode asseverar que o princípio da supremacia do interesse público provoque um risco aos direitos fundamentais e à dignidade humana, pois se eles compõem o núcleo substancial do interesse público, a primazia deste significa, concomitantemente, a prevalência de tais valores jurídicos sobre os demais.

¹¹⁵² MORENA, Luis de la Morena y de la. *Op. Cit.*, p. 858-859.

¹¹⁵³ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 182.

¹¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 97.

¹¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 187-188.

¹¹⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. Cit.*, p. 230.

¹¹⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 5.

¹¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público... *Op. Cit.*, p. xiv.

5.2.2. Restrição de direitos fundamentais deve ser razoável e proporcional

Sucedo que, conquanto os direitos fundamentais formem parte do núcleo do interesse público, eles não esgotam o seu conteúdo. Há uma série de outros bens, valores e interesses juridicamente protegidos que representam o interesse público, ainda que não retratem direitos fundamentais. A própria dimensão objetiva desses direitos pode exigir, por exemplo, a restrição da dimensão subjetiva de alguns direitos fundamentais, hipóteses em que se fará imprescindível a sua limitação para o atendimento do interesse público.

Marçal Justen Filho exemplifica com a necessidade de o Poder Público estabelecer o sentido de uma via pública, ou de abrir uma praça para facilitar o trânsito de veículos.¹¹⁵⁹ Luís Roberto Barroso, também reconhecendo que a substância do interesse público não se exaure nos direitos fundamentais, sugere como exemplos as hipóteses de pagamento de indenização por danos causados a um particular por uma viatura da polícia, ou o conserto de um buraco de rua que traga prejuízos para um estabelecimento comercial.¹¹⁶⁰

É possível, portanto, que outras porções do interesse público, desvinculadas dos direitos fundamentais, possam demandar uma restrição desses direitos para que o interesse da coletividade seja salvaguardado. Isso, no entanto, não irá descambar em uma afronta aos direitos fundamentais, haja vista a imprescindibilidade de que tais limitações observem parâmetros jurídicos que salvaguardem o conteúdo essencial desses direitos.

Consoante Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, embora os direitos e liberdades fundamentais não sejam absolutos, tampouco o são os limites que se podem impor ao exercício de tais direitos, em nome de interesses da coletividade. Para o autor, tanto o exercício de direitos fundamentais individuais quanto as restrições a eles dirigidas, nos

¹¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 131.

¹¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público... *Op. Cit.*, p. xv.

casos em que derivem da lei e dos direitos dos demais, são igualmente considerados como “fundamento da ordem política e da paz social”¹¹⁶¹.

É evidente, portanto, que as restrições a direitos fundamentais operadas em nome do interesse da coletividade deverão ser realizadas em conformidade com o ordenamento jurídico, notadamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por isso, não há qualquer procedência na afirmação de Paulo Schier, de que “a práxis administrativo-constitucional o tem erigido [o princípio da supremacia do interesse público] a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais”¹¹⁶². O mesmo deve ser dito sobre o argumento de Daniel Sarmento, segundo o qual “não seria possível instituir por lei, nem muito menos reconhecer à falta dela, a existência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais, baseada na supremacia do interesse público”¹¹⁶³.

Logicamente inexistente uma suposta “cláusula geral de restrição de direitos fundamentais”, abstratamente considerada, decorrente do princípio da supremacia do interesse público, que seria capaz de autorizar toda e qualquer limitação a tais direitos. A preocupação dos autores citados não faz sentido, eis que eles sequer apontam quais seriam os juristas que estariam a sustentar expressamente ideias dessa natureza. Trata-se de uma distorção e de um exagero em relação ao conteúdo jurídico do princípio da supremacia do interesse público, que não encontra guarida na doutrina que defende a existência desse princípio.

Se os direitos fundamentais, como assinalado no subitem anterior, constituem o núcleo do conceito de interesse público, a afirmação da supremacia deste não pode significar o aniquilamento de tais direitos, pois isso importaria uma grave contradição. O que se autoriza é a restrição pontual de direitos fundamentais, operada sempre com fulcro no ordenamento jurídico, quando aqueles entrarem em rota de colisão com outros direitos fundamentais ou demais valores juridicamente tutelados, ocasião que só será admitida para harmonizar o conjunto de princípios e regras jurídicas colidentes no

¹¹⁶¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 127.

¹¹⁶² SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. Cit.*, p. 220.

¹¹⁶³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 98-99.

caso concreto. Em outras palavras: a restrição de direitos fundamentais só estará permitida quando for necessária para conciliar o seu exercício com o de outros direitos igualmente fundamentais, ou com a realização de valores constitucionais que eventualmente entrem em conflito diante de circunstâncias determinadas.

Bertrand Mathieu observa que há duas valorações distintas a propósito da noção de interesse público. Uma delas é negativa, que apresenta o interesse geral como uma limitação dos direitos fundamentais (o que, reconhece o jurista, muitas vezes efetivamente ocorre). Mas, segundo o autor, não se pode esquecer a outra perspectiva – positiva – dessa noção: a habilitação conferida pela Constituição ao legislador para determinar o interesse geral. Sob esse segundo ponto de vista, o interesse público não pode ser concebido como um instrumento dirigido a obstaculizar a proteção dos direitos fundamentais e individuais. Sua função é justamente harmonizar o exercício dos seus distintos titulares.¹¹⁶⁴

Nesse passo, se o legislador condiciona o exercício dos direitos individuais, ele o faz apenas para possibilitar através da existência do interesse público a tutela do próprio interesse dos indivíduos, das liberdades e direitos fundamentais.¹¹⁶⁵ É o que defende Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, quando põe em relevo o fato de que os direitos fundamentais, assim como o interesse geral, não são absolutos. Eles “têm limites. Com efeito, a existência de limites ‘sociais’ no exercício dos direitos fundamentais ajuda a entender sua operatividade no Estado Social”. Para o jurista, a vinculação dos direitos fundamentais e liberdades públicas aos interesses gerais “precisamente garante a sua existência”¹¹⁶⁶. Se cada direito fundamental fosse exercitado de forma ilimitada, seria impossível o gozo desses direitos por todos os seus titulares.

Em face disso, cai por terra a crítica de Alexandre Santos de Aragão, de que “por respeito à ‘partitura constitucional’ ou ‘legal’, não poderíamos admitir que a invocação de uma ‘supremacia do interesse público’ permitisse, respectivamente, à lei

¹¹⁶⁴ MATHIEU, Bertrand *et alli*. Débats. In: _____ ; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 79.

¹¹⁶⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 235.

¹¹⁶⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 126.

ou ao administrador, mais do que restringir, extinguir o conteúdo prático” de um direito resguardado em um patamar hierárquico superior.¹¹⁶⁷ *Não há quem sustente – por óbvia carência de fundamentos normativos – que o princípio da supremacia do interesse público legitima o administrador público a restringir direitos fundamentais sem supedâneo na lei ou na Constituição.* Tais autores criticam, portanto, uma posição que não é compartilhada pelos autores que advogam a existência do princípio da supremacia do interesse público.

Se o interesse da coletividade, tutelado pelo ordenamento jurídico, exigir eventualmente a limitação do exercício de um direito fundamental individual, *essa restrição deverá encontrar fundamentos na lei em sentido formal e nas disposições constitucionais, seja de forma expressa ou implícita.*¹¹⁶⁸ Não há como reduzir o âmbito de proteção de um direito fundamental, sem que essa restrição seja reconduzida a uma norma jurídica que lhe ofereça suporte e que, ao colidir com o direito fundamental no caso concreto, acabe por prevalecer e demandar a sua tópica restrição. E mais: essa limitação deverá respeitar os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, não podendo implicar sacrifício de direito sem a respectiva compensação jurídica, quando importar um prejuízo anormal e especial ao seu titular.

A doutrina do Direito Administrativo, de há muito, consolidou o entendimento de que a atividade do Estado voltada a condicionar e restringir a liberdade e a propriedade individuais, para a satisfação de interesses gerais da coletividade, é o chamado poder de polícia. E tal atividade, por traduzir uma forma de limitação de bens jurídicos individuais fundamentais (liberdade e propriedade), para permitir o exercício harmônico de tais direitos por todos os seus titulares, submete-se a um regime jurídico específico. Um dos mais marcantes traços que caracteriza esse regime é a inescusável subordinação dessa atividade ao princípio da legalidade em sentido estrito: a inexistência de lei em sentido formal instituindo uma competência e delineando os

¹¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 12.

¹¹⁶⁸ A propósito das restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, ver, por todos: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

limites da atividade de polícia administrativa impede que a Administração opere qualquer ato restritivo a direitos individuais.

Note-se que a submissão do Estado à legalidade estrita, quando do exercício dessa atividade de caráter restritivo, revela uma característica tão essencial dessa modalidade de atuação administrativa que na parte inicial de sua definição de poder de polícia, Celso Antônio Bandeira de Mello inclui expressamente a subordinação da Administração à lei como elemento formador do conceito: “pode-se definir a polícia administrativa como *a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos (...)*”¹¹⁶⁹.

Para além do dever de respeito à legalidade, o regime jurídico do poder de polícia sempre foi marcado, consoante posição pacificada da doutrina, pela imposição de obediência aos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da eficácia. Como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma breve consulta aos livros de Direito Administrativo permite “encontrar a afirmação, desde longa data, de que o poder de polícia (cuja própria razão de ser decorre do princípio da supremacia do interesse público) tem as características da *necessidade*, da *eficácia* e da *proporcionalidade*. Isto não é novidade”¹¹⁷⁰.

Assim, não faz sentido a preocupação de que o princípio constitucional da supremacia do interesse público possa autorizar limitações arbitrárias de direitos fundamentais, já que essas restrições por parte da Administração, por configurarem exercício do poder de polícia, sempre deverão decorrer de uma competência legalmente prevista e respeitar os princípios da proporcionalidade, da necessidade e da razoabilidade. Tais princípios compõem o regime jurídico específico do poder do polícia, atividade administrativa voltada ao condicionamento e à imposição de limites à liberdade e à propriedade individuais, em prol do interesse da coletividade.

¹¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Op. Cit., p. 837 (*sublinhei*).

¹¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009. p. 52.

Mencione-se ainda a assertiva de Gustavo Binimbojm, segundo a qual o princípio em questão não poderia ser utilizado “como fundamento constitucional de normas que outorgam privilégios à Administração”, uma vez que “se existente o referido princípio, não seria possível considerar inconstitucional uma lei que privilegiasse os interesses coletivos e estatais (interesse público), em detrimento de interesses privados”¹¹⁷¹. A posição encontra-se completamente invertida: *se não existisse o princípio constitucional da supremacia do interesse público, aí sim toda e qualquer lei restritiva de interesses privados seria inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade*. Tais leis só não são sempre inconstitucionais porque a Constituição define como objetivo fundamental da República, no art. 3º, IV, “promover o bem de todos”.

Essa harmonização de interesses realizada por leis limitadoras de interesses particulares e direitos fundamentais individuais só é aceitável por estar em consonância com o referido dispositivo da Lei Maior, que traduz o assento constitucional do princípio da supremacia do interesse público. No entanto, a lei desproporcional e irrazoável é atentatória contra o próprio interesse público, visto que a proporcionalidade e a razoabilidade encontram-se inseridas no Direito positivo, berço do conteúdo jurídico da noção de interesse público em sentido amplo. E portanto, uma lei de tal natureza pode ser tranquilamente declarada inconstitucional.

Outro fator que merece ser analisado em matéria de restrições de direitos fundamentais pelo princípio constitucional da supremacia do interesse público consiste na afirmação de Alexandre Santos de Aragão, de que é necessário, no processo hermenêutico do Direito Público, conferir-se preferência aos “argumentos institucionais”, definidos pelo autor (com lastro em Humberto Ávila) como aqueles “ligados diretamente ao ordenamento jurídico, que podem ser lingüísticos (tanto da linguagem comum, como da linguagem técnica); sistemáticos; históricos; de direito comparado; e genéticos, relacionados aos trabalhos preparatórios do dispositivo a ser interpretado”¹¹⁷².

¹¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 93.

¹¹⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 14.

Deve haver, segundo o autor (baseado em Friedrich Müller), uma valorização dos argumentos fundados nos textos normativos, em detrimentos daqueles desvinculados ao texto da norma.¹¹⁷³ De tal raciocínio, Aragão extrai a impossibilidade de se recorrer ao interesse público “como meio de justificar qualquer medida restritiva das liberdades públicas”¹¹⁷⁴, uma vez que isso constituiria “uma tentativa de fazer prevalecer um argumento não-institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais, calcados diretamente em regra positiva e objetiva” instituidora de direitos fundamentais, “que já pondera, de maneira previamente determinada pelo Constituinte ou pelo Legislador, o valor ‘interesse público’ com o da ‘liberdade’”.¹¹⁷⁵

A crítica não procede, uma vez que o interesse público, conforme anteriormente observado, consiste também em um argumento institucional, extraído diretamente das normas jurídicas (art. 3º, IV da CF), inclusive de normas constitucionais e legais que se referem expressamente ao interesse público (v.g., art. 66, §1º, CF e art. 2º, *caput* e parágrafo único, III da Lei Federal nº 9.784/99¹¹⁷⁶). Ademais, qualquer decisão que afastar a aplicação de um dispositivo legal ou constitucional sob fundamento genérico e imotivado de tutela do interesse público estará contrariando o próprio princípio da supremacia do interesse público, uma vez que este deverá sempre encontrar respaldo jurídico (e, portanto, legal e constitucional), já que um dos traços que compõe o seu conteúdo material, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, é o princípio da juridicidade administrativa.¹¹⁷⁷

Cumprir registrar, demais disso, que os exemplos utilizados por Alexandre Santos de Aragão para demonstrar uma suposta distorção proporcionada pelo princípio, pelo fato de determinar *a priori* a prevalência do interesse público, sem permitir a ponderação, não guardam relação alguma com a formulação do princípio da

¹¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem, Ibidem*.

¹¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*, p. 16.

¹¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*, p. 16-17.

¹¹⁷⁶ Lei Federal nº 9.784/99: “**Art. 2º** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. **Parágrafo único.** Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) **III** - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

¹¹⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro... *Op. Cit.*, p. 112.

supremacia do interesse público que se está a defender. O autor refere-se aos casos *Dennis v. United States* (restrição à liberdade de manifestação de ideias de esquerda) e *Korematsu v. United States* (confinamento de norte-americanos de origem nipônica durante a Segunda Guerra Mundial). Afirma o autor que “o fundamento dessas decisões foi que, na ponderação entre os valores da segurança nacional (interesse público) e os da liberdade, deveriam prevalecer aqueles em detrimento desses”¹¹⁷⁸.

Tais casos não encontram guarida, de forma alguma, no princípio da supremacia do interesse público. Como visto, os direitos fundamentais compõem o núcleo conceitual do interesse público, de sorte que tanto a violação da liberdade de expressão quanto a ofensa à liberdade de locomoção importariam agressão ao interesse público. Sob essa perspectiva, conforme exemplifica Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “o soldado nazi não poderia proibir a saída de judeus por motivos de ‘interesse público’ pois estaria contrariando um direito humano fundamental”¹¹⁷⁹.

Nas situações narradas, a restrição promovida acabou por aniquilar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, resultando em uma limitação irrazoável e desproporcional, atentatória contra o ordenamento jurídico. Se o interesse público deve ser encontrado no próprio sistema normativo, e esse mesmo sistema salvaguarda os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a restrição excessiva de um direito, que importe a sua eliminação, jamais poderá estar de acordo com o interesse público.

A limitação de direitos fundamentais com supedâneo no interesse público exige uma recondução a um objetivo de valor constitucional que traduza esse interesse público. É lógico, portanto, que o legislador não pode invocar um interesse geral tutelado por uma norma qualquer (de nível legislativo, por exemplo) para justificar a restrição do exercício de quaisquer direitos ou liberdades fundamentais¹¹⁸⁰. Afinal, como ressalta acertadamente Luís Roberto Barroso, “para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder

¹¹⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 7.

¹¹⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 361.

¹¹⁸⁰ MERLAND, Guillaume. *L’interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 138.

aos valores políticos que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos”¹¹⁸¹.

Impende sublinhar, ainda, um aspecto da mais alta relevância que parece passar despercebido pela doutrina que critica o princípio constitucional da supremacia do interesse público: a possibilidade de restrição de direitos fundamentais através de leis infraconstitucionais com fulcro no interesse geral é expressamente autorizada por tratados internacionais de direitos humanos e por algumas Constituições de países ocidentais. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direito Humanos), em seu art. 30, estabelece que:

Art. 30. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por *motivo de interesse geral* e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas. (grifei)

Observe-se que o dispositivo da Convenção é claro ao autorizar restrições legislativas de direitos humanos “por motivo de interesse geral”. Não há, pois, qualquer autoritarismo nisso, já que se trata de uma hipótese expressamente permitida por uma convenção internacional de direitos humanos. Com efeito, a disposição convencional determina que apenas a lei em sentido formal poderá restringir direitos humanos, de modo que não há motivo para temer uma atuação administrativa atentatória contra direitos fundamentais, em nome da supremacia do interesse público, uma vez que, segundo Jorge Luis Salomoni, os regulamentos administrativos não poderão restringir esses direitos.¹¹⁸²

Ademais, a Constituição uruguaia, conforme já referido¹¹⁸³, prevê em uma série de dispositivos a possibilidade de o legislador restringir posteriormente o conteúdo dos direitos fundamentais ali arrolados, com base na noção de interesse geral. Veja-se:

Artículo 7: Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen *por razones de interés general*. (grifei)

¹¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público... *Op. Cit.*, p. xvi.

¹¹⁸² SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino... *Op. Cit.*, p. 24.

¹¹⁸³ Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

Artículo 28. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren *por razones de interés general*. (grifei)

Artículo 32. La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren *por razones de interés general*. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda. (grifei)

Artículo 36. Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las *limitaciones de interés general* que establezcan las leyes. (grifei)

Recorde-se, ainda, do também já mencionado exemplo do Conselho Constitucional francês, que utiliza o “interesse geral” como critério jurídico para auferir a constitucionalidade de leis restritivas de direitos e liberdades fundamentais. A Corte considera o interesse geral como um valor jurídico albergado implicitamente na Constituição francesa, que deve funcionar como um parâmetro para autorizar as limitações legislativas a direitos fundamentais¹¹⁸⁴.

A adoção da categoria jurídica do interesse público pelo legislador em matéria de restrição de direitos fundamentais, diversamente do que advoga parcela da doutrina, funciona como uma garantia a esses próprios direitos, e não o contrário. Nas situações em que o legislador confere a uma autoridade administrativa uma competência suscetível de atingir um direito ou liberdade fundamental, é imprescindível que ele explicita com precisão os motivos que embasarão a decisão. Apenas naqueles casos objetivamente previstos pela lei restritiva o interesse público estará sendo alcançado. Nesse sentido, essa categoria jurídica “aparece então como uma garantia legal destinada a eliminar todo risco de poder arbitrário de uma autoridade administrativa no exercício de sua competência”¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁴ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 25.

¹¹⁸⁵ MERLAND, Guillaume. *Idem*, p. 117.

Nessa linha, asseverar que o interesse público não pode jamais apresentar-se como um fundamento jurídico para restrições de direitos fundamentais significa desconhecer a realidade normativa internacional, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, e de Direito comparado, pelas previsões expressa e implícita, respectivamente, das Constituições uruguaia e francesa. Tais documentos jurídicos, como se pôde verificar, fornecem autorizações para que o Poder Público condicione o exercício de direitos fundamentais por motivos de interesse geral. A grande questão é que essas limitações devem estar sempre respaldadas pelo ordenamento jurídico, observando princípios constitucionais como o da legalidade estrita, da proporcionalidade e da razoabilidade. Até porque “a noção de interesse geral aparece claramente vinculada com o conceito de razoabilidade (haverá que realizar um juízo de razoabilidade em sentido amplo)”¹¹⁸⁶.

Frente a tudo o que foi dito, força concluir que o *interesse público em sentido estrito (interesse geral)* constitui um argumento legítimo, capaz de impor restrições aos direitos fundamentais, uma vez que, embora esses componham o seu núcleo, eles não esgotam o seu conteúdo. O fato é que tais restrições – como não poderia deixar de ser – devem ser operadas mediante medidas proporcionais e razoáveis. Isso não afasta que o seu fundamento consista no interesse público. Ou seja: o interesse público autoriza a adoção de medidas restritivas aos direitos fundamentais, desde que, logicamente, tais providências passem pelo crivo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Cuida-se de assertiva óbvia, se forem levadas em conta as premissas metodológicas propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao delinear o conteúdo jurídico do princípio em discussão. Para o autor, os princípios jurídicos vinculantes da atividade administrativa constituem desdobramentos do princípio da supremacia do interesse público e do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Para que tal interesse ostente prevalência sobre os demais, é necessário que algumas sujeições especiais sejam observadas. No rol dessas sujeições figuram os princípios da

¹¹⁸⁶ REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, nº 13, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 177-187, ene./jun. 2008. p. 187.

razoabilidade e da proporcionalidade, os quais se revelam como deduções do conceito jurídico de interesse público.¹¹⁸⁷

Assim, não faz sentido qualquer receio de que o princípio constitucional da supremacia do interesse público represente afronta aos direitos fundamentais, permitindo a sua restrição mediante limitações desproporcionais e irrazoáveis, uma vez que, se isso efetivamente ocorrer, o interesse público não terá sido assegurado e o ato será inválido.

5.2.3. Necessidade de previsão normativa e compensação jurídica no caso de afastamento de interesses específicos (individuais ou coletivos) juridicamente protegidos

É certo que a Administração jamais atuará de forma juridicamente legítima quando pretender aniquilar um direito individual, seja fundamental ou não, sob uma alegação genérica e imotivada de existência de um interesse público preponderante, sem a demonstração de fundamentos normativos que autorizem o sacrifício do direito, e sem uma respectiva compensação. Situações dessa natureza representam uma deturpação da aplicação do princípio em debate.

Conforme se afirmou anteriormente, de acordo com a proposição sugerida neste trabalho a norma constitucional da supremacia do interesse público pode incidir de duas formas distintas. Se acolhida a concepção de Robert Alexy, pode-se dizer que esse comando comporta uma dupla dimensão: de regra e de princípio. Da *norma-regra* da supremacia do interesse público jamais resultará um sacrifício de direito, vez que ela determina apenas a prevalência de um interesse juridicamente protegido (*interesse público em sentido amplo*) sobre outro não resguardado pelo sistema jurídico. Sendo assim, o interesse privado, de acordo com a *norma-regra*, nunca será um direito subjetivo, eis que este deve ser considerado como interesse público (*lato sensu*).

No entanto, o que pode ocorrer é que, no caso concreto, um interesse da coletividade protegido pelo ordenamento jurídico (*interesse geral*) entre em colisão

¹¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Op. Cit., p. 79.

com um interesse individual resguardado pela Constituição com o *status* de direito fundamental. Em tais hipóteses, a Administração poderá, com fulcro na *norma-princípio* da supremacia do interesse público, praticar atos voltados à satisfação do interesse da coletividade, afastando um direito individual do cidadão. Mas para que isso ocorra, conforme já explanado em outra passagem,¹¹⁸⁸ quatro requisitos devem ser necessariamente observados: (i) existência de uma previsão normativa – em nível constitucional ou legislativo – que autorize expressa ou implicitamente o deslocamento do interesse individual; (ii) compensação jurídica posterior, que recomponha o patrimônio do titular do direito que foi afastado por exigência da supremacia do interesse público, nos casos de prejuízos anormais e especiais; (iii) motivação expressa do ato; (iv) respeito aos demais desdobramentos do princípio da indisponibilidade do interesse público, tais como a proporcionalidade e a razoabilidade. Como este último já foi explorado no subitem anterior (5.2.2.) e o penúltimo será analisado posteriormente (Parte II, Capítulo 5, item 5.3., subitem “5.3.1. Necessidade de motivação dos atos fundados na supremacia do interesse público”), cumpre analisar os dois primeiros.

O requisito (i) – existência de uma previsão normativa – é necessário para comprovar que há um efetivo *interesse público em sentido estrito*, objetivamente estampado no ordenamento jurídico, que autoriza o afastamento do interesse individual. Se o interesse público, como reiteradamente se tem afirmado, deve ser encontrado no próprio Direito positivo, faz-se imperiosa a demonstração, por parte da Administração, de que há um fundamento jurídico autorizador do seu proceder.

É imprescindível que esse fundamento esteja previsto em sede constitucional ou legislativa, e não meramente administrativa, visto que a definição originária de quais interesses devem ser qualificados como públicos deve advir do legislador constituinte, primeiramente, e do legislador ordinário, num segundo momento. Afinal, se o interesse público é o conjunto de interesses que ostentam os indivíduos enquanto

¹¹⁸⁸ Parte I, Capítulo 2, item 2.3., subitem “2.3.3. Requisitos indispensáveis à aplicação do princípio”.

membros da sociedade,¹¹⁸⁹ ele deverá ser revelado através dos representantes do povo eleitos para essa finalidade.

Desta sorte, quando a Constituição determina no art. 5º, XXIV que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”, ela está reconhecendo como público o interesse de deslocar, em certas circunstâncias, o direito individual de propriedade em prol de outros interesses juridicamente tutelados.

Refira-se, também, ao exemplo do art. 5º, inciso XXV, da CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. O constituinte estabeleceu como interesse público a possibilidade de a Administração requisitar a propriedade particular nos casos de iminente perigo público, afastando o seu direito fundamental à propriedade, mediante posterior ressarcimento em caso de danos. Definir o que vem a ser, no caso concreto, “iminente perigo público” autorizador da requisição, ou “necessidade ou utilidade pública” e “interesse social”, aptos a permitir a desapropriação, constitui tarefa que incumbe à Administração. Mas essa identificação se trata apenas de concretizar pela via interpretativa os conceitos previstos pelas normas constitucionais que, de antemão, já consentiram com o afastamento do direito individual.

Esse primeiro pressuposto necessário à constrição legítima de direitos individuais detém especial relevância em matéria de proteção de direitos fundamentais. Ele impede que a Administração Pública interfira indevidamente na esfera jurídica dos cidadãos, sem que o próprio sistema normativo lhe tenha previamente habilitado uma competência administrativa para tanto. Com isso, não há que existir qualquer receio de autoritarismos oriundos do princípio constitucional da supremacia do interesse público.

Poderia alguém argumentar, a esse propósito, que em tais exemplos o constituinte já pré-ponderou os interesses em jogo, inexistindo razão para se falar em

¹¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 183.

um princípio de supremacia do interesse público (como o faz Alexandre Santos de Aragão¹¹⁹⁰). Ocorre que nem sempre essa fundamentação jurídica da supremacia do interesse público decorrerá de uma norma constitucional. Há casos em que ela deriva de normas previstas no âmbito da legislação infraconstitucional. E aí, para que essas normas sejam reputadas como constitucionais, faz-se mister reconhecer a existência de um fundamento deduzido da Lei Maior que lhes empreste legitimidade jurídica: o princípio constitucional da supremacia do interesse público.

Cite-se o caso da Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/95), que no art. 37 prevê a possibilidade de encampação do serviço concedido, pelo Poder Público, por razões de interesse público.¹¹⁹¹ Ou então, o art. 78, XII da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93), que autoriza a rescisão unilateral do contrato por motivos de interesse público.¹¹⁹² Ambas as hipóteses retratam normas legais que capacitam a Administração Pública a deslocar interesses dos particulares salvaguardados juridicamente por contratos administrativos. Qual é o fundamento constitucional que confere validade a essas disposições legislativas? O princípio constitucional da supremacia do interesse público. Não fosse tal princípio, os referidos dispositivos importariam ofensa ao princípio da isonomia, e seriam reputados inconstitucionais.

O segundo requisito fundamental que deve ser levado em conta nas situações em que o ordenamento jurídico autoriza a Administração a afastar um direito individual diz respeito ao (ii) dever de compensação do seu titular, quando o ato ocasionar um dano anormal e especial. Como os direitos subjetivos, seja de qual natureza forem (direitos fundamentais, direitos previstos em leis ordinárias, etc.), constituem interesses juridicamente protegidos – e, portanto, interesse público em sentido amplo – o interesse da coletividade (*interesse geral*) que a eles se deva

¹¹⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 4.

¹¹⁹¹ Lei Federal nº 8.987/95: “**Art. 37.** Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

¹¹⁹² Lei Federal nº 8.666/93: “**Art. 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) **XII** - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

sobrepor não pode aniquilá-los sem que seja assegurada uma forma de ressarcimento. No entanto, o simples fato de estarem tutelados no ordenamento não os protege contra eventual necessidade de ceder passo a interesses da coletividade igualmente salvaguardados pelo sistema normativo. Mas para isso, a recomposição do prejuízo é inafastável.

A questão é explicada por Héctor Jorge Escola. Leciona o jurista que a prevalência do interesse público sobre o do indivíduo não pode implicar aniquilamento deste último, nos casos em que este se encontra protegido pelo ordenamento jurídico. Essa supremacia autoriza tão-somente o deslocamento do interesse individual, e a sua substituição por um bem jurídico equivalente. Se o particular for afetado pela preponderância de um interesse da coletividade que colida com um seu interesse salvaguardado pela ordem jurídica, ele terá o direito de ser compensado pelo perecimento de seus interesses individuais juridicamente tutelados, de modo que estes se mantenham protegidos através de uma substituição equitativa por outro valor de igual envergadura.¹¹⁹³

Por isso é que a supremacia do interesse público não significa “eliminação do interesse individual em prol do interesse coletivo”. E é exatamente esta a distinção entre o princípio em questão e as denominadas “razões de Estado”: enquanto estas funcionam como argumento hábil a eliminar interesses e direitos subjetivos individuais em prol de interesses da máquina estatal, aquele determina apenas o afastamento do interesse individual juridicamente tutelado, substituindo-o por um valor jurídico correspondente.¹¹⁹⁴

Registre-se, para que fique clara a posição ora adotada, que quando a *norma-regra* da supremacia do interesse público incidir – determinando que o interesse juridicamente protegido (*interesse público em sentido amplo*) deverá prevalecer sobre os interesses não tutelados ou proibidos pelo ordenamento jurídico (*interesse privado*) – não haverá necessidade de compensação jurídica, já que o interesse exclusivamente

¹¹⁹³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 244. Defendendo posição semelhante: CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, nº 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007. p. 134.

¹¹⁹⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem, Ibidem*.

privado que cedeu passo ao interesse da coletividade não estava albergado pelo sistema normativo.

O requisito de se assegurar uma compensação jurídica nas hipóteses de incidência da *norma-princípio* da supremacia do interesse público justifica-se porque, quando esta incidir, um interesse resguardado pela ordem jurídica, de natureza individual ou coletiva, estará dando espaço à preponderância de um interesse geral, igualmente protegido pelo direito. É por esse motivo que ele não poderá ser aniquilado, exsurindo à Administração o dever de indenizar o seu titular. Para tanto, é necessário que o prejuízo causado detenha os caracteres de anormalidade e especialidade, pelas razões já expostas em tópico específico.¹¹⁹⁵

Com base nessa racionalidade, não há que se temer qualquer afronta arbitrária aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Nos casos em que não for possível assegurar uma reparação jurídica ao direito individual que obstaculizava a realização do interesse coletivo juridicamente tutelado, aquele representará um óbice à prevalência desse, irrompendo, então, uma vedação à Administração Pública de fazer preponderar o coletivo sobre o individual.

Na formulação de Robert Alexy, as *normas-princípio* impõem uma razão *prima facie* de decidir, que pode ser afastada se as circunstâncias fáticas e jurídicas assim o exigirem¹¹⁹⁶. É o que sucede com a norma constitucional da supremacia do interesse público em sua dimensão *principiológica*: se a prevalência do interesse coletivo sobre o individual implicar supressão de um direito fundamental individual, sem a possibilidade de compensação jurídica, deverá prevalecer o direito e não o interesse da coletividade.

5.3. “Fundamento jurídico para a prática de arbitrariedades (‘razões de Estado’)”

Por fim, o último argumento contrário à aceitação do princípio constitucional da supremacia do interesse público reside na afirmação de que ele representaria um

¹¹⁹⁵ Parte I, Capítulo 2, item 2.3., subitem “2.3.3. Requisitos indispensáveis à aplicação do princípio”.

¹¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 67.

fundamento jurídico para a prática de arbitrariedades, traduzindo a nova roupagem das chamadas “razões de Estado”. Ao agitar a incidência do princípio, todo e qualquer ato da Administração Pública, ainda que atentatório a direitos dos indivíduos, estaria revestido de uma proteção incondicional e isento da necessidade de motivação.

O alerta é feito por Daniel Sarmiento, segundo o qual a indeterminação semântica do conceito de interesse público “pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações”, fato que ocasiona o risco de o conceito “tornar-se o novo figurino para a ressurreição das ‘razões do Estado’, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais”¹¹⁹⁷. Abraçando posição semelhante, Marçal Justen Filho entende que a afirmação da supremacia do interesse público “pode conduzir à instauração de regimes totalitários, à destruição da democracia e ao sacrifício de valores inerentes à integridade do indivíduo”¹¹⁹⁸.

Por sua vez, Alexandre Santos de Aragão aduz que as lides envolvendo o Direito Público encontram-se, muitas vezes, “turvadas por uma genérica e mítica invocação do ‘interesse público’, ou de subespécies suas como ‘ordem pública’, ‘saúde pública’, ‘bem-estar da coletividade’, ‘moral pública’, etc.”, as quais, colidindo com outros valores jurídicos, “sempre prevaleceriam, ainda quando a Constituição ou a lei já contivessem regra específica pré-disciplinando e pré-ponderando a questão, o que é inadmissível”¹¹⁹⁹.

Alice Gonzalez Borges, ainda que não refute a existência do princípio, também considera que o conceito de interesse público “sempre tem sido invocado, através dos tempos, a torto e a direito, para acobertar as ‘razões de Estado’, quando não interesses menos nobres e, até, inconfessáveis”¹²⁰⁰. Entretanto, como constata a autora, não se pode confundir os fundamentos do princípio, que desfrutam de índole democrática,

¹¹⁹⁷ SARMENTO, Daniel. Interesses público vs. interesses privados... *Op. Cit.*, p. 27.

¹¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... *Op. Cit.*, p. 127.

¹¹⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4.

¹²⁰⁰ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, nº 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006. p. 30

com as suas manipulações e desvirtuamentos¹²⁰¹. No mesmo sentido adverte Emerson Gabardo, ao observar que o emprego do princípio da supremacia do interesse público “como argumento (ou álibi) de certos atos arbitrários não significa de modo algum a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação prática”¹²⁰².

Isso porque, o interesse público, ao ser colocado no centro do Direito Administrativo, democratiza esse ramo jurídico, substituindo a sua definição de “direito da Administração Pública” por uma conceituação mais exata e democrática: a de que o Direito Administrativo é o “direito do interesse público”.¹²⁰³

Ter consciência da função ideológica que exerce a noção de interesse público pode ser um instrumento a favor do jurista. Basta instrumentalizar essa função em benefício da própria ideologia democrática, pois “se os operadores jurídicos se empenham nisso, podem dar a esse conceito um conteúdo e uma funcionalidade inequivocamente democráticos como limitação do poder e inclusive apesar dele”¹²⁰⁴. Assiste razão, por conseguinte, a C. W. Cassinelli, para quem “o receio de que o conceito do interesse público seja em si mesmo um tanto ‘antidemocrático’ não tem fundamento”¹²⁰⁵.

A crítica ora enfocada pode ser respondida por meio de três argumentos: (5.3.1.) o princípio da supremacia do interesse público não é suscetível de acobertar juridicamente qualquer ato arbitrário da Administração, uma vez que, sempre que recorrer a essa norma, o Poder Público terá de motivar a sua ação; (5.3.2.) os atos administrativos que se legitimarem juridicamente através desse princípio estarão sempre sujeitos ao controle jurisdicional, que poderá invalidá-los caso se constate deturpação do seu manejo; (5.3.3.) os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que

¹²⁰¹ BORGES, Alice Gonzalez. *Idem*, p. 31.

¹²⁰² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* *Op. Cit.*, p. 303.

¹²⁰³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 236. Ver, com posições semelhantes: MEILÁN GIL, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967; e MORENA, Luis de la Morena y de la. *Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas*. *Revista de Administración Pública*, n^{os} 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983.

¹²⁰⁴ NIETO, Alejandro. *La Administración sirve...* *Op. Cit.*, p. 2213.

¹²⁰⁵ CASSINELLI, C. W. O interesse publico na ética política. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 58.

rejeitam a ideia de “razões de Estado”, citados pelos autores das críticas, não guardam relação alguma com o princípio em questão.

5.3.1. Necessidade de motivação dos atos fundados na supremacia do interesse público

Como se viu, parcela da doutrina brasileira identifica na imprecisão semântica do conceito de interesse público um risco para a ordem democrática, haja vista que, sob esse rótulo, poderia a Administração Pública acobertar juridicamente práticas arbitrárias, como se elas estivessem justificadas por razões de interesse público. Estas se confundiriam com as chamadas “razões de Estado”, que representariam uma fórmula apta a legitimar atos estatais carentes de fundamentação.

Se a mera referência abstrata ao interesse público autorizasse qualquer interferência do Poder Público na esfera jurídica dos cidadãos, a pretexto de levar a efeito a supremacia do interesse público, o princípio tratado neste estudo realmente entraria em rota de colisão com o sistema constitucional brasileiro. É de palmar obviedade que a Administração não pode inserir no amplo conceito de interesse público todo e qualquer ato, sobremaneira em se tratando de um ato antijurídico.

O interesse público, ao ser invocado pela Administração, não pode ser algo vazio, despido de qualquer conteúdo concreto. Ele tem que ser definido, demonstrado, justificado. A ausência de motivação apta a comprovar a existência do conteúdo concreto do interesse público faz com que ele se desnature, tornando-se, aí sim, um manto à arbitrariedade da Administração. Afinal, “a simples invocação do interesse público como algo vago e esquivo não serve para nada: é como uma forma, dentro da qual nada existe. É uma aparência, quando em verdade deve ser uma realidade”¹²⁰⁶.

Em todas as oportunidades que a Administração lançar mão do princípio da supremacia do interesse público deverá motivar expressamente o ato administrativo que haja sido expedido com o desfrute de prerrogativas estatais especiais. Significa dizer que além da genérica finalidade pública que qualquer ato estatal deve perseguir

¹²⁰⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 245.

quando praticado, nos casos em que a ela se sobrepuser uma causa específica de interesse público, “a Administração tem a carga de alegar, provar e motivar em cada caso a concorrência dessa específica causa do interesse público legitimador, sem que seja suficiente invocar sua posição geral de gestor ordinário desse interesse”¹²⁰⁷.

Em outras palavras, pode-se dizer que todo ato administrativo está voltado à satisfação do *interesse público em sentido amplo*, já predeterminado pela lei nas hipóteses de competência vinculada, ou a ser definido pela Administração quando se tratar de competência discricionária. No entanto, há casos em que além desse interesse público genérico que deve ser alcançado, a lei exige a presença de um interesse público específico que, se presente no caso concreto, autoriza o manejo de prerrogativas especiais por parte do Estado: o *interesse público em sentido estrito*.¹²⁰⁸ São justamente essas circunstâncias que reclamarão a incidência da norma constitucional da supremacia do interesse público, em sua vertente *principiológica*, e que deverão contar com ampla motivação por parte do Poder Público.

Como já se afirmou anteriormente, o próprio Professor Celso Antônio Bandeira de Mello enuncia como decorrência do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos o princípio da motivação, que obriga a Administração a apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos que conduziram à prática do ato.¹²⁰⁹ Com isso se observa que o jurista associa intimamente as ações administrativas calcadas na supremacia do interesse público ao dever de motivação dos atos administrativos, como contrapartida. É também a posição acolhida por Juarez Freitas, segundo o qual: “A só alegação de interesse público, em outras palavras, não é suficiente para lastrear atos administrativos. Força evidenciar os pressupostos de fato e de direito que indiquem verdadeiro primado do interesse geral, no caso concreto”¹²¹⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, o dever de motivação dos atos administrativos decorre implicitamente de comandos constitucionais e expressamente de imposição legais. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, do princípio da

¹²⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado... *Op. Cit.*, p. 73-74

¹²⁰⁸ Cf.: Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem “2.2.3. Interesse público em sentido estrito”.

¹²⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. *Op. Cit.*, p. 79.

¹²¹⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos...* *Op. Cit.*, p. 58.

publicidade inscrito no art. 37, *caput* da Constituição Federal se pode deduzir o princípio da motivação dos atos administrativos, o qual “garante o cumprimento dos outros princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência”¹²¹¹. Ele assegura a transparência do agir administrativo, ao proporcionar, através das justificativas do ato, a demonstração de que este foi praticado de acordo com a lei (legalidade), de forma desinteressada (impessoalidade), em conformidade com os postulados éticos (moralidade) e da maneira mais vantajosa e direcionada ao melhor resultado possível (eficiência).

No plano legislativo, o art. 2º da Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) arrola a motivação como um dos princípios da Administração Pública brasileira, determinando no inciso VII, como critério de observância obrigatória nos processos administrativos, a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além disso, o art. 50 da mesma lei estabelece que:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I** - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
 - II** - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
 - III** - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
 - IV** - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
 - V** - decidam recursos administrativos;
 - VI** - decorram de reexame de ofício;
 - VII** - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
 - VIII** - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
- § 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

As hipóteses previstas nos incisos do art. 50 da Lei nº 9.784/99, notadamente no inciso I, englobam todas as situações que possam envolver o princípio da supremacia do interesse público, visto que os atos expedidos com base nesse princípio invariavelmente negarão, limitarão ou, pelo menos, afetarão direitos ou interesses. Por conseguinte, a exigência de expressa fundamentação dos atos alicerçados no princípio sob exame constitui inequívoca determinação legal.

¹²¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar...Op. Cit.*, p. 212.

Ademais, o exemplo da Constituição espanhola e as manifestações doutrinárias a esse respeito são extremamente elucidativas no que concerne ao assunto em questão. O art. 103.1 da Constituição de 1978, como já se verificou, determina que a Administração deve servir objetivamente aos interesses gerais, submetendo-se plenamente à lei e ao Direito. Versando sobre esse dispositivo, Eduardo García de Enterría questiona se se poderia interpretar razoavelmente esse preceito no sentido de que se está habilitando uma prerrogativa discricionária global, para que a Administração decida livremente o que ocorra aos seus agentes ao agirem em seu nome. E então, responde o mencionado professor: “se há algo claro no sentido do preceito é que se trata de excluir, justamente, tal possibilidade”¹²¹².

O significado desse dispositivo, segundo García de Enterría, consiste precisamente em determinar que a Administração deva adotar uma atitude servicial, não a qualquer interesse que surja na mente dos gestores públicos, mas sim aos interesses gerais, inerentes à coletividade social. Da mesma maneira, José Luis Meilán Gil aduz que o interesse público a ser alcançado pela Administração “deve ser justificado e não meramente presumido”¹²¹³, razão pela qual “a apelação ao interesse público requer que seja justificado, provado, motivado pela Administração”¹²¹⁴.

Não é outra a análise promovida por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, para quem a Administração Pública, que deve servir objetivamente aos interesses gerais (art. 103.1. da CE), está obrigada, quando agir com fulcro no interesse público, “a fazer um esforço de motivação e argumentação”¹²¹⁵. O jurista encontra nessa disposição constitucional dois elementos que, em suas palavras, compõem faces da mesma moeda: de um lado o interesse público, de outro a objetividade. Se os interesses gerais devem ser concretizados de forma objetiva, isso só pode querer significar que, a despeito da vagueza de seu significado, o seu conteúdo deve ser explicitado, fundamentado, motivado a cada vez que a eles se fizer referência.

¹²¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* Op. Cit., p. 235.

¹²¹³ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... Op. Cit., p. 177.

¹²¹⁴ MEILÁN GIL, José Luis. *Idem*, p. 178-179.

¹²¹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... Op. Cit., p. 109.

Tais considerações justificam-se pelo fato de que cada decisão administrativa baseada no que convém ou prejudica o interesse público retrata uma decisão jurídica, alicerçada no sistema normativo. Por isso, segundo Fernando Sáinz Moreno, essa decisão, “inclusive quando a lei a configura como ‘discrecionária’, não pode ser ‘arbitrária’, ao ser ‘jurídica’ e, portanto, ‘racional’”. Ela deve consistir em um “produto de uma apreciação de provas realizada segundo as regras da crítica racional”¹²¹⁶. Logo, o *interesse público em sentido estrito* não apenas deve ser motivado argumentativamente, mas também comprovado por meio de outros elementos que ofereçam supedâneo probatório à decisão.

É precisamente esse aspecto – o dever de motivação dos atos praticados com lastro na supremacia do interesse público – que constitui a diferença basilar entre o “interesse público” empregado em um regime autoritário e o manejo dessa mesma noção em um Estado Democrático. E essa distinção não é levada em conta pelos críticos da supremacia do interesse público. Héctor Jorge Escola bem demonstra que, no primeiro caso, o “interesse público” terá como conteúdo determinados valores definidos unilateralmente pelo Estado, sem remissão aos cidadãos e aos seus valores individuais, que são permanentemente postergados e sacrificados. Esse conteúdo pode ser enunciado, invocado pelo Poder Público, mas nem sempre é claramente definido e reconhecido, de modo que para legitimá-lo remete-se à vontade de uma massa de indivíduos cuja expressão e composição individual nunca se deixa transparecer.¹²¹⁷

Nos Estados democráticos, por sua vez, o interesse público é formado por valores individuais compartilhados pela sociedade, constituindo interesses coincidentes homogêneos, extraídos efetivamente da vontade popular. Distintamente do “interesse público” característico dos regimes ditatoriais, nessa concepção o seu conteúdo, para que possa ser realmente admitido como interesse público, deve ser tão específico e evidente que cada indivíduo da comunidade seja capaz de nele reconhecer uma parcela concreta de seu interesse individual.¹²¹⁸

¹²¹⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 65.

¹²¹⁷ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 246.

¹²¹⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 247.

Ao enfatizar essa distinção, Escola diferencia explicitamente a “prevalência do interesse público” das “razões de Estado”: no caso da primeira, a supremacia do interesse público apenas afasta o interesse individual juridicamente tutelado (que também é, portanto, público), substituindo-o por um equivalente (em geral pecuniário), ao passo que estas se revelam como fundamento para a eliminação do interesse individual sem qualquer tipo de reparação. Assim, se as “razões de Estado” serviriam para amparar toda a lesão aos interesses dos indivíduos, permitindo o seu sacrifício e extinção sem oferecer ao seu titular uma compensação, a preponderância do interesse público apenas autoriza o afastamento pontual do interesse individual, assegurando um ressarcimento àquele que se viu prejudicado.¹²¹⁹

Por isso, o dever de motivação dos atos administrativos revela-se como mecanismo de controle da vinculação do agir da Administração ao efetivo interesse da coletividade (*interesse geral*), já que a demonstração, em cada caso, de qual interesse público encontra-se presente e justifica o exercício de uma prerrogativa estatal impede que interesses escusos sejam buscados pelo Poder Público. Reconhecer um princípio jurídico que superponha o interesse público (obviamente primário, referente aos anseios sociais) ao privado, retrata uma vedação normativa à perseguição, por parte da Administração, de interesses secundários da máquina estatal ou dos governantes. É disso que se trata servir com objetividade aos interesses gerais: não se deixar afetar por interesses subjetivos dos administradores ou da entidade pública em si considerada, sob pena de nulidade do ato.¹²²⁰

Com isso, parece não ostentar qualquer procedência o receio de que o princípio da supremacia do interesse público venha a substituir as “razões de Estado”, pois o emprego desse princípio deverá vir, necessariamente, acompanhado de farta motivação do ato administrativo.

¹²¹⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Idem*, p. 244.

¹²²⁰ NIETO, Alejandro. *La Administración sirve... Op. Cit.*, p. 2226.

5.3.2. Possibilidade de controle judicial

Não bastasse a necessidade de motivação dos atos administrativos, que por si só já dificultaria a malversação do emprego do princípio da supremacia do interesse público, outro argumento soma-se a esse para rebater a crítica sob análise: a possibilidade de controle judicial da Administração Pública.

A sujeição dos atos administrativos a posterior controle jurisdicional, apto a invalidar as ações do Poder Público que não se revistam de efetivo interesse público, aponta de forma inequívoca para a evitação de qualquer perigo de autoritarismo no princípio da supremacia do interesse público. A revisão judicial dos atos administrativos é própria dos Estados democráticos, visto que não era admitida nem no absolutismo monárquico, nem no sistema positivista liberal, em que os juízes eram vistos apenas como bocas que pronunciavam as palavras da lei.¹²²¹ Sendo assim, podendo o juiz apreciar novamente o ato, verificando se o interesse reputado como público naquela situação realmente o era, não há qualquer risco de se recair em autoritarismo.¹²²²

No Direito espanhol, Eduardo García de Enterría destaca que a própria Constituição, preocupada com o perigo de a Administração criar arbitrariamente uma zona de imunidade aos seus atos mediante a mera invocação formal de que está atuando em serviço dos interesses gerais (art. 103.1 da CE), estabeleceu que os tribunais pudessem controlar os atos praticados com fundamento nesses interesses.¹²²³ Em seu art. 24.1, a Constituição Espanhola de 1978 determina: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

¹²²¹ “Os juízes da nação (...) são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. Tradução livre. No original: “*Les juges de la nation (...) ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”. MONTESQUIEU. De l’esprit des lois. In: *Oeuvres Complètes*. Paris: Seuil, 1964. Livre XI, Chap. 6, p. 589.

¹²²² NIETO, Alejandro. La Administración sirve... *Op. Cit.*, p. 2221.

¹²²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* *Op. Cit.*, p. 246.

No âmbito internacional, o direito à tutela judicial efetiva é assegurado em inúmeros tratados de direitos humanos e outros documentos jurídicos relevantes, tais como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. X),¹²²⁴ no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14.1),¹²²⁵ na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8.1)¹²²⁶ e, mais recentemente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000 (art. 47)¹²²⁷. Trata-se, portanto, de direito amplamente assegurado nos diversos Estados contemporâneos que se afirmam como democráticos.

É o caso do ordenamento jurídico brasileiro: a Constituição de 1988 previu no art. 5º, XXXV, no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este princípio, conhecido como *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, é o corolário do direito

¹²²⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “**Art. X.** Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

¹²²⁵ Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966: “**Art. 14.1.** Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores”.

¹²²⁶ Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica): “**Art. 8.1.** Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

¹²²⁷ Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000: “**Art. 47. Direito à ação e a um tribunal imparcial:** Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça”.

fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹²²⁸ Isso porque, o direito à efetividade da tutela jurisdicional decorre da própria existência dos direitos, cuja proteção e aplicabilidade dependem de uma prestação jurisdicional adequada, que se impõe ao Estado como uma contrapartida da proibição da autodefesa, exercida diretamente pelo titular do direito contra a pessoa obrigada a satisfazer a obrigação correspondente^{1229 1230}.

De acordo com Jesús González Pérez, em obra específica sobre o tema, é somente através da interdição do exercício da força privada, como modo de satisfazer as pretensões jurídicas dos cidadãos, que se assegura o império da justiça. O impedimento, por parte do Estado, dessa “justiça privada” representa a superação do caos da lei do mais forte por uma ordem jurídica “em que prevalece o critério de um sujeito imparcial, substituindo-se a atuação direta frente ao adversário pela ação dirigida perante o Estado”, com o intuito de que “órgãos especialmente instituídos para isso acolham e atuem as pretensões deduzidas por um sujeito frente a outro”¹²³¹. É justamente pelo fato de proibir que o indivíduo faça justiça com suas próprias mãos que o Estado assume, como contrapartida, o dever de assegurar uma tutela jurisdicional efetiva ao cidadão.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste em um direito fundamental processual, devendo ser obrigatoriamente levado em conta pela jurisdição, de sorte que o cumprimento da sua atividade proteja de maneira efetiva os direitos, sejam fundamentais ou não. Além disso, esse direito estabelece ao legislador o dever de criar técnicas processuais e procedimentos que possibilitem a concretização das tutelas previstas pelo Direito material. Da mesma forma, tal direito institui ao juiz

¹²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo do Conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 65; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 179.

¹²²⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: RT, 2001. p. 68.

¹²³⁰ “Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 184-185.

¹²³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 21-22.

a obrigação de, com base na regra processual, chegar à técnica adequada a proteger as necessidades de Direito material.

De tais premissas, pode-se extrair a conclusão de que o direito fundamental à tutela jurisdicional fixa ao Estado-Legislador, mediante a previsão legal, e ao Estado-Juiz, por meio da atuação no caso concreto, a obrigação de prever, conforme as peculiaridades da situação de Direito material: (i) técnicas processuais e procedimentos adequados (tais como a técnica antecipatória nos casos de ameaça a direito)¹²³²; (ii) provimentos adequados à efetiva prestação da tutela (como o provimento mandamental e executivo, não contemplados pela antiga classificação trinária das sentenças)¹²³³; e (iii) meios executivos adequados¹²³⁴ (como a imposição de multa diária para o réu cumprir a sua obrigação e quaisquer outros meios necessários para tanto)¹²³⁵.

Dado o amplo leque de mecanismos que esse direito fundamental oferece ao cidadão, para combater eventuais arbitrariedades da Administração na utilização do princípio da supremacia do interesse público, o receio anteriormente referido mostra-se desnecessário. Há um sem número de técnicas processuais previstas pelo ordenamento jurídico para coibir preventivamente ou reparar posteriormente práticas autoritárias da Administração Pública.

Se o cidadão considerar que o ato administrativo que o afetou, expedido com fundamento no princípio constitucional da supremacia do interesse público, não

¹²³² A propósito do tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹²³³ Sobre a superação da classificação trinária das sentenças, e a proposta contemporânea de classificação das sentenças de procedência, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo do Conhecimento... Op. Cit.*, p. 414-431.

¹²³⁴ A respeito dos meios executivos, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007.

¹²³⁵ Especialmente com base nos arts. 461, 461-A do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõem, respectivamente:

“**Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

“**Art. 461-A.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”

“**Art. 84.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

corresponda efetivamente a um interesse público, poderá invocar o seu direito fundamental à tutela judicial efetiva e propor, através de instrumentos processuais idôneos, a revisão do ato pelo Poder Judiciário. E conforme observa argutamente García de Enterría, há uma técnica “completamente óbvia, e já mais que secular” que permite aos juízes a realização desse controle “de se, com efeito, a Administração está servindo aos interesses gerais, como normalmente pretende (e normalmente o faz, é claro): a técnica do desvio de poder”¹²³⁶.

De acordo com a explanação já apresentada em outra oportunidade¹²³⁷, a teoria do desvio de poder é aplicável nas hipóteses em que se consegue comprovar que a Administração, “longe de servir aos interesses do público, está servindo os interesses próprios dos titulares do órgão que atua, ou os de seu partido, ou o de seus amigos”. Ou ainda, de forma mais sutil, quando o Poder Público está a perseguir: “outros possíveis interesses gerais que não são, sem embargo, os apropriados para o exercício da particular competência habilitada pela lei”.¹²³⁸

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público só apresentaria uma ameaça à democracia se os atos administrativos praticados com base nele fossem insuscetíveis de controle pela jurisdição. Se a referência a esse princípio representasse uma imunidade ao exercício do poder político, aí sim, de fato, ele poderia legitimar arbitrariedades administrativas. Mas como bem se sabe, a ideia de que existiriam atos totalmente insensíveis à revisão judicial foi sendo paulatinamente combatida pela doutrina e pela jurisprudência nos mais diversos ordenamentos, como se depreende da simbólica expressão de Eduardo García de Enterría quando alude à “luta contra as imunidades do poder”¹²³⁹.

Mesmo conceitos vagos, imprecisos, tal como o de interesse público, passaram a ser controláveis pela jurisdição. Ainda que os atos expedidos com lastro no conceito

¹²³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* Op. Cit., p. 247.

¹²³⁷ Parte I, Capítulo 2, ítem 2.2., subitem “2.2.2. Interesse público em sentido amplo”.

¹²³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración...* Op. Cit., p. 247.

¹²³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

de interesse público desfrutem de uma presunção de legitimidade, esta pode ser questionada perante o juiz, que, se considerar presentes provas suficientes para desfazer essa presunção, deverá anular o ato por considerá-lo em desconformidade com o sistema normativo. “O conceito indeterminado é, pois, perfeitamente controlável pelo juiz, como ocorre com qualquer outra interpretação da lei que a Administração haja realizado”¹²⁴⁰. Trata-se de atribuição típica da função jurisdicional: interpretar a lei e analisar se a interpretação conferida pela Administração diante daqueles fatos foi ou não acertada.

A definição e aplicação do interesse público passa pelos seguintes momentos: (i) primeiramente o constituinte determina, em traços largos, quais são os interesses gerais a presidir toda a atuação estatal; (ii) em seguida, o legislador identifica quais interesses são compartilhados pela sociedade, que merecem tutela por parte do ordenamento jurídico; (iii) em algumas hipóteses, o legislador cria normas que não definem, de forma exaustiva, os meios através dos quais o interesse público será protegido, conferindo ao administrador espaço para que ele adote decisões que preencham o conteúdo desse conceito no caso concreto (“por razões de interesse geral”, “em função do interesse público”, “conforme os interesses gerais”, etc.); (iv) finalmente, compete aos juízes e tribunais examinar se o interesse público identificado pela Administração realmente correspondia ao interesse público estabelecido pelo ordenamento jurídico.¹²⁴¹

O mesmo posicionamento é defendido por Fernando Sáinz Moreno, que aceita com tranquilidade a revisão judicial dos atos administrativos calcados na noção de interesse público. Segundo o autor, ao juiz administrativo corresponde a função de apreciar com critérios jurídicos a aplicação das normas e dos conceitos que as integram. Não se trata de examinar a partir de juízos políticos se a noção de interesse público que a lei faz espargir é ou não adequada, mas sim julgar “se a argumentação jurídica em que a Administração se funda para aplicar a noção de interesse público é

¹²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general... *Op. Cit.*, p. 83.

¹²⁴¹ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración... *Op. Cit.*, p. 563.

ou não correta”¹²⁴². Com isso, o juiz não está substituindo a Administração na sua faculdade de decidir, mas sim corrigindo os “procederes ilógicos, abusivos ou arbitrários”¹²⁴³.

Destarte, somando-se o dever de motivação dos atos à possibilidade de controle jurisdicional das decisões administrativas, não há qualquer razão para se temer que o princípio constitucional da supremacia do interesse público legitime arbitrariedades da Administração.

5.3.3. *Suposta concordância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Ao sustentar a possibilidade de o princípio constitucional da supremacia do interesse público legitimar práticas autoritárias, Alexandre Santos de Aragão apresenta algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sugerindo que, ao rejeitarem as chamadas “razões de Estado”, estariam refutando também o princípio sob análise. Seria o caso da seguinte decisão, de relatoria do Ministro Celso de Mello:¹²⁴⁴

Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não se legitimam com o argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público.¹²⁴⁵

Todavia, o acórdão não se refere em momento algum ao princípio da supremacia do interesse público, o qual não detém qualquer relação com as denominadas “razões de Estado”. Imagine-se, somente por hipótese, os administrativistas defendendo a existência de um princípio, qualquer que fosse, que implicasse a “adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua

¹²⁴² SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico... *Op. Cit.*, p. 76-77.

¹²⁴³ SÁINZ MORENO, Fernando. *Idem*, p. 93.

¹²⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 5-6.

¹²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263831. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26.09.2000, *DJ* 07.12.2000.

autoridade”.¹²⁴⁶ É evidente que, num Estado Democrático de Direito, isso retrataria um inaceitável absurdo jurídico.

A inexistência de relação entre o princípio em referência e as chamadas “razões de Estado” comprova-se, ademais, pelo fato de que *em diversas outras decisões, anteriores e posteriores ao julgado no qual se repudia o argumento das “razões de Estado”, o Ministro Celso de Mello lança mão do princípio da supremacia do interesse público, não lhe endereçando qualquer repreensão.* Pelo contrário: reputa-o como fundamento jurídico legítimo para embasar uma decisão administrativa, inclusive reconhecendo-lhe assento constitucional. Confira-se:

A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, **proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público**, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92¹²⁴⁷.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas – e **considerando, essencialmente, a necessidade de fazer prevalecer, com apoio em fundamentos jurídicos idôneos e plausíveis, a supremacia do interesse público sobre a esfera de interesse meramente privado de entidade cooperativa** –, defiro o pedido de suspensão da medida de tutela antecipada (...) ¹²⁴⁸.

De fato, a medida encontra **respaldo no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado**, eis que objetiva garantir a poupança pública e manter a credibilidade das instituições financeiras, ou daquelas que lhes são equiparadas, cujo desempenho afeta profundamente a vida econômica do país¹²⁴⁹.

É certo que o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto. A cláusula de sua proteção, embora inscrita na Lei Fundamental, não lhe confere, **ante a supremacia do interesse público**, intangibilidade plena¹²⁵⁰.

¹²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263831. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26.09.2000, *DJ* 07.12.2000.

¹²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1003/DF. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01.08.1994, *DJ* 10.09.1999 (**grifei**).

¹²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 1376/RS. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 20.10.1997, *DJ* 24.10.1997 (**grifei**).

¹²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1343/DF. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 21.08.1997, *DJ* 28. 08.1997 (**grifei**).

¹²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 496861/RS. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 21.06.2010, *DJe* 04.08.2010 (**grifei**) Em sentido idêntico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 417992/RS. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 30.11.2009, *DJe* 16.12.2009.

Note-se que a aplicação jurisprudencial do princípio da supremacia do interesse público não implica aceitar que a Administração Pública atue de forma ilimitada e arbitrária. Na última decisão transcrita, ao apreciar recurso extraordinário decorrente de questionamento da legitimidade jurídica de um ato expropriatório do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Celso de Mello, logo após reconhecer a supremacia do interesse público, afirma que a proteção constitucional do direito de propriedade:

impõe, ao Estado, para que possa afetá-lo de modo tão radical, o dever de respeitar os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição. Tais restrições ao poder expropriatório do Estado objetivam, em última análise, dispensar tutela jurídica efetiva às pessoas que titularizam o direito de propriedade¹²⁵¹.

E vai além, ao sustentar que “Nada justifica, portanto, o emprego ilegítimo do instrumento expropriatório, quando utilizado, pelo poder estatal, com evidente transgressão aos princípios, às regras de competência e às normas que regem e disciplinam as relações entre as pessoas e o Estado”¹²⁵².

O mesmo vale para a referência feita por Alexandre Santos Aragão e Humberto Ávila ao acórdão relatado pelo Ex-Ministro Sepúlveda Pertence¹²⁵³, cuja ementa consigna ser:

Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das ‘razões de Estado’¹²⁵⁴.

Em decisão monocrática posterior, exarada em 2006, o mesmo Ex-Ministro aplica, sem qualquer dificuldade ou ressalva, o princípio da supremacia do interesse público, o que demonstra que a sua refutação ao argumento das “razões de Estado” nada tem a ver com o princípio sob exame. Veja-se:

¹²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Idem, Ibidem*.

¹²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Idem, Ibidem*.

¹²⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 6; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”... *Op. Cit.*, p. 201.

¹²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão da Segurança nº 1149/PE. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03.04.1997, DJ 09.05.1997.

O edital do concurso não se reveste de imutabilidade. **Pode, sim, sofrer alterações em função da supremacia do interesse público**, desde que preservados os princípios constitucionais consagrados no art. 37 da Constituição da República e sobretudo o princípio da isonomia¹²⁵⁵.

Tal associação – entre o princípio da supremacia do interesse público e as “razões de Estado”, como se a mesma coisa fossem – representa um equívoco, demonstrado pelo fato de que os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal que tão veementemente rechaçam as “razões de Estado” adotam tranquilamente o princípio da supremacia do interesse público.

O mesmo se diga em relação à doutrina, que, conquanto refute a utilização das “razões de Estado” como escudo protetor de arbitrariedades da Administração, aceita a ideia de que esta se submete ao princípio constitucional do serviço objetivo aos interesses gerais. Refira-se, por todos, à doutrina de José Luis Meilán Gil, jurista que, como se viu, exerceu marcada influência na redação do art. 103.1. da Constituição da Espanha.

Para o administrativista, expressões como interesse público e interesse geral contêm “uma inegável força ideológica para a legitimação do poder”; no entanto, “seu uso espúrio não impede reconhecer que existe algo comum em sua apreciação que justifica de um modo legítimo o exercício do poder, necessário para uma organização racional da vida em sociedade”¹²⁵⁶. O autor refuta expressamente o manejo das “razões de Estado” pela Administração, e, ao mesmo tempo, sustenta que o fundamento de existência desta reside na promoção dos interesses gerais.

Inexiste, portanto, qualquer relação entre a supremacia do interesse público e as chamadas “razões de Estado”, assistindo razão a Jean-Éric Schoettl, quando nega que o interesse geral possa ser encarado como um “produto adulterado que seria o cavalo de Tróia de sabe-se-lá qual nova razão de Estado”¹²⁵⁷.

¹²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 413960/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Decisão Monocrática, julgado em 30.05.2006, DJ 08.06.2006 (**grifei**).

¹²⁵⁶ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 174.

¹²⁵⁷ SCHOETTL, Jean-Éric *et alli*. Débats. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 71.

CONCLUSÕES

1. Proposições objetivas

Diante de todas as considerações anteriormente arrazoadas, cumpre sintetizar alguns aspectos que condensam as conclusões lançadas ao longo do texto. Os pontos a seguir enumerados correspondem às inferências alcançadas em cada um dos subitens que compõem a estrutura da dissertação, na ordem lógica em que foram expendidas, reproduzindo as principais ideias-chave consignadas no corpo do trabalho.

1. Em que pese a existência de manifestações doutrinárias anteriores, no sentido de que o interesse privado deve ceder passo ao interesse da coletividade, o princípio da supremacia do interesse público só foi formalmente identificado como norma jurídica no Direito positivo brasileiro em 1967, com o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello. Sua formulação originária, difundida inicialmente em um artigo jurídico, foi ampliada conforme o desenvolvimento de sua obra. Esse princípio constituiria, segundo o autor, ao lado do princípio da indisponibilidade dos interesse públicos, uma das “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo – conjunto de normas que rege o Direito Administrativo, conferindo-lhe organicidade e sentido harmônico – da qual decorreriam importantes repercussões jurídicas.

2. Resumidamente, o princípio, tal qual idealizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ostentaria os seguintes aspectos: (a) *fundamento normativo*: encontra-se implícito na Constituição; (b) *estrutura jurídica*: estabelece a preponderância do interesse público (*interesse primário*, relativo ao conjunto de interesses que os indivíduos possuem quando considerados como membros da sociedade) sobre o interesse privado (*interesses secundários* da pessoa jurídica estatal, interesses pessoais do agente público e interesses exclusivamente privados dos indivíduos, singularmente considerados); (c) *conteúdo jurídico*: é traçado pelo sistema normativo, que caracteriza determinados interesses como públicos através da Constituição, das leis e dos atos normativos com ela consonantes; (d) *consequências jurídicas*: (i) *posição privilegiada* ostentada pela Administração Pública, através da concessão de benefícios pelo Direito positivo, como instrumento para possibilitar um adequado desempenho na satisfação

dos interesses da coletividade; (ii) *posição de supremacia* dos entes públicos em relação aos particulares, autorizando a imposição unilateral de comportamentos e a alteração de relações jurídicas já estabelecidas.

Além dessas, outras peculiaridades do princípio em questão são realçadas pelo jurista: (e) *limites e condições de aplicação*: o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio: (i) deve situar-se sempre nos termos e nos limites da legalidade, respeitando a lei em sentido formal; (ii) restringe-se às limitações e temperamentos traçados pelo sistema normativo; (iii) deve ser compreendido de forma equilibrada e em consonância com o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*, que impõe sujeições especiais à Administração, tais como: finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, responsabilidade do Estado e controle jurisdicional; (iv) por possuir caráter instrumental em relação aos deveres da Administração, só pode ser manejado para cumprir a finalidade que é imposta pelo sistema normativo (*dever-poder*); (v) não pode ser invocado abstratamente, mas tão-somente de acordo com a extensão definida pelo ordenamento jurídico, jamais podendo ser empregado para contrariar a Constituição e as leis; (vi) não pode ser aplicado de forma excessiva, mas apenas na medida necessária para a consecução da finalidade estampada na norma jurídica; (g) *formas de correção do seu exercício abusivo*: a inobservância de qualquer dos limites e condições acima estabelecidos inquina de nulidade o ato praticado com fundamento no princípio em questão, ensejando o controle jurisdicional do comportamento administrativo.

O embasamento ideológico do princípio aproxima-se mais da concepção própria da Escola de serviço público francesa, que enfatiza o caráter serviente do Estado aos interesses gerais da coletividade, do que do ideário da Escola da *puissance publique*, visto que o relevo não é conferido aos *poderes* da Administração, mas sim aos *deveres* que lhe compete cumprir.

3. A elaboração do autor conquistou ampla recepção na doutrina brasileira, passando a se tornar referência frequente nos principais cursos e manuais de Direito Administrativo publicados no país, em razão da vasta acolhida que o princípio recebeu na prática administrativa e na esfera jurisprudencial. Por conta dessa significativa

recepção do princípio tanto na esfera doutrinária quanto na aplicação dos tribunais, o seu reconhecimento normativo sedimentou-se no Direito Administrativo brasileiro.

4. A noção de interesse público inerente ao princípio em apreço não se confunde com a ideia de bem comum presente no pensamento medieval, sob a influência do pensamento de São Tomás de Aquino. Naquele modelo, o bem comum era concebido como algo transcendental, situado em uma lei natural, capaz de regular as relações entre os indivíduos e orientá-las sempre em direção à realização do bem da comunidade. Pressupunha-se uma coincidência entre este e a satisfação dos bens individuais, haja vista que a consecução do bem do todo só poderia ser lograda pela promoção dos interesses das partes, que com aquele não poderiam conflitar. Não se admite, nesse arquétipo, uma hierarquia entre interesse público e interesses privados.

5. Também não se pode confundir o conceito de interesse público ínsito ao princípio sob análise com aquele próprio do Estado Liberal burguês, forjado no final do século XVIII e no desenrolar do século XIX. Nesse quadro, a noção de interesse geral apresenta-se como um substitutivo laicizado do bem comum para legitimar o exercício do poder político. Vigia, nesse período, uma concepção individualista de interesse público, segundo a qual o Estado deveria abster-se ao máximo de interferir na esfera jurídica dos cidadãos, permitindo que cada um buscasse a satisfação de seus próprios interesses individuais. O interesse geral só seria alcançado, assim, mediante o respeito aos interesses privados, o que só seria possível se a lei em sentido formal fosse rigorosamente respeitada. Isso porque, a lei era encarada como fiel expressão da vontade geral do povo, de sorte que a sua observância implicaria a realização do interesse público objetivamente positivado. Este último residiria, portanto, na proteção do desenvolvimento dos interesses privados.

6. O cenário político que permitiu o reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público foi o modelo do Estado Social e Democrático de Direito, no qual se outorga ao Poder Público a função de promover a igualdade material e a justiça social, inclusive intervindo nas relações entre os particulares quando necessário. É nesse paradigma que se admite uma postura ativa da Administração Pública, exigindo-se do Estado a adoção de medidas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, em especial os sociais e econômicos, propiciando-lhe condições mínimas de

existência digna. Para o alcance de tal desiderato, aceita-se a ingerência do Poder Público no âmbito privado, para incluir na sua esfera de proteção os interesses das camadas fragilizadas da população, que começam a ser qualificados como públicos. Amplia-se, com isso, o conceito de interesse público, que passa a englobar também interesses específicos de setores da sociedade que carecem de tutela estatal.

Nessa conjuntura, exsurge a necessidade de limitação dos direitos e liberdades fundamentais de caráter individual, eis que o seu exercício exacerbado acaba por prejudicar o respeito aos interesses da coletividade. O Estado passa a impor restrições a esses direitos, como nos casos da propriedade, que é condicionada ao cumprimento de uma função social, da autonomia privada, que é relativizada por princípios como a boa-fé e a função social dos contratos, da liberdade econômica, que é restringida em nome da proteção do meio-ambiente, entre tantos outros. Com isso o interesse público afasta-se de uma perspectiva individualista, voltada somente à defesa das liberdades negativas dos cidadãos. Ele assume um perfil solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os interesses dos grupos hipossuficientes, que reclamam uma atuação estatal no âmbito privado para reequilibrar juridicamente as relações desiguais. Em virtude dessa necessidade, os sistemas jurídicos passam a prever uma série de ferramentas destinadas a condicionar o exercício dos direitos e liberdades individuais em prol dos interesses da coletividade, estabelecendo, com isso, uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

7. A necessidade de se reconhecer, no ordenamento jurídico brasileiro, o *status* constitucional do princípio da supremacia do interesse público reside na existência de previsões legais que instituem privilégios e prerrogativas à Administração Pública, como mecanismos destinados à satisfação dos interesses da coletividade, que carecem de um fundamento constitucional que lhes revista de legitimidade jurídica. É preciso, pois, que haja um embasamento constitucional apto a respaldar a criação desses benefícios ao Poder Público, sob pena de se reputá-los inconstitucionais.

8. Na Constituição brasileira de 1988, os fundamentos específicos dos quais se pode deduzir o princípio em tela são os arts. 3º, IV e 66, §1º. O primeiro, ao definir a promoção do bem todos como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, faz recair sobre o Estado o dever de realizar o interesse de toda a coletividade,

afastando os obstáculos que determinados sujeitos privados possam opor ao atingimento desse fim. É esse dispositivo que autoriza, pois, a atribuição de prerrogativas à Administração Pública, para fazer prevalecer o interesse geral quando isso se fizer necessário. O segundo, por sua vez, ao outorgar ao Chefe do Poder Executivo a competência para vetar um projeto de lei quando houver contrariedade à Constituição ou ao interesse público, alça esses dois valores a um patamar axiológico superior, dotando-os de uma importância tal que justifica a rejeição, ainda que não definitiva, da expressão da vontade popular representada pela maioria no Parlamento. Reconhece, assim, a *supremacia da Constituição* e a *supremacia do interesse público*.

9. Afora tais dispositivos, que traduzem fundamentos constitucionais específicos para o princípio em discussão, uma interpretação sistemática da Lei Fundamental conduz igualmente à conclusão de que ele desfruta de amparo constitucional no Direito positivo brasileiro. Demonstrações disso são: o Preâmbulo constitucional, que erigiu a *harmonia social*, o *bem-estar* e a *justiça* ao patamar de valores supremos do Estado brasileiro; o art. 1º, II, que inseriu a *cidadania* entre os fundamentos da República, que deve ser compreendida numa perspectiva de integração do indivíduo à sociedade; o art. 1º, III, que juridicizou a *dignidade da pessoa humana*, cuja defesa e promoção requer a atuação do Estado contra interesses privados exacerbados, como nas relações trabalhistas ou consumeristas; o art. 3º, I, que prevê como objetivo fundamental da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”; os arts. 170 e 193 que albergam os princípios do *bem-estar* e da *justiça sociais*, como fundamentos da ordem econômica e da ordem social.

Citem-se ainda o art. 182, *caput*, que definiu como competência do Poder Público municipal “ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o *bem-estar de seus habitantes*”, pressupondo um espaço urbano equilibrado, com a harmonia entre os interesses privados conflitantes; o art. 5º, XXIII, que condiciona o exercício do direito de propriedade ao atendimento da sua função social; o art. 5º, XXIV que autoriza o Estado a promover a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como o art. 184; o art. 5º, XXV, que permite a requisição de propriedade particular pela autoridade competente “no caso de iminente perigo público”; o art. 5º, XXIX que associa a proteção da propriedade

industrial ao *interesse social*; o art. 5º, XXXIII que confere a todos o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”; o art. 192, que determina que o sistema financeiro nacional deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir *aos interesses da coletividade*”.

10. Contemporaneamente, em uma perspectiva *pós-positivista*, há um consenso no sentido de que tanto os *princípios* quanto as *regras* consistem em espécies do gênero *norma jurídica*. Contudo, mesmo dentro dessa concepção que reconhece força normativa aos comandos de natureza principiológica convivem diversas correntes, que empregam critérios distintos para estrear essas duas categorias normativas. Na doutrina brasileira, nada obstante a existência de outros, são dois os critérios mais adotados para estabelecer tal diferenciação: (a) *grau de fundamentalidade* e (b) *estrutura lógico-normativa*.

De acordo com o primeiro (*grau de fundamentalidade*), que retrata o que alguns autores chamam de “concepção tradicional”, os *princípios* são considerados como *mandamentos nucleares de um sistema* (Bandeira de Mello), que conferem organicidade e sentido harmônico a todo o conjunto de disposições normativas em virtude de seu alto grau de fundamentalidade, ao passo que as regras exercem um papel mais instrumental e têm a sua interpretação condicionada pelos princípios. O outro critério (*estrutura lógico-normativa*), por sua vez, distingue as espécies normativas de acordo com a sua forma de incidência. As regras se aplicam mediante a lógica do “tudo ou nada”, impondo uma razão *definitiva* para decidir. Se duas regras forem aplicáveis ao mesmo caso determinando ordens diferentes e não houver uma cláusula de exceção, uma delas deve ser declarada inválida por meio dos critérios de resolução de antinomias. Já os princípios são normas que determinam que algo seja realizado em sua máxima medida, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta. São entendidos por alguns autores como *mandamentos de otimização* (Alexy). Eles estabelecem razões *prima facie* para decidir, que podem ser afastadas por razões contrárias. Havendo colisão entre dois princípios no caso concreto, deverá prevalecer aquele que, diante daquelas circunstâncias e após um

processo de ponderação, possuir um peso ou importância maior, sem que o outro seja excluído do ordenamento jurídico.

Por se tratarem de critérios distintos, é possível que uma norma classificada como *princípio* para alguns autores seja caracterizada como *regra* para outros. Para compreender a norma constitucional da supremacia do interesse público é preciso, portanto, explicitar qual é o critério que está sendo utilizado.

11. Se eleito o critério do *grau de fundamentalidade* para distinguir os princípios das regras, a norma constitucional da supremacia do interesse público deve ser considerada como um *princípio*, por constituir um *mandamento nuclear* do sistema jurídico-administrativo, ao lado do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Sob esse ângulo, ele desempenha três funções primordiais: (i) fundamentar axiologicamente o Direito Administrativo hodierno, atribuindo-lhe uma roupagem democrática em conjunto com os demais princípios constitucionais, tais como o princípio republicano, o princípio democrático, o princípio do Estado Social e o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) conferir respaldo normativo e legitimar juridicamente as prerrogativas e os privilégios da Administração Pública, tendo sempre como contrapartida as sujeições emanadas do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos (legalidade, motivação, proporcionalidade, razoabilidade, finalidade, etc.); (iii) auxiliar na explicação, compreensão e interpretação do regime jurídico-administrativo, amalgamando os seus componentes e emprestando-lhes sistematicidade e significação.

De acordo com esse prisma, pode-se afirmar ainda que o princípio em questão estabelece: (i) a prevalência absoluta dos interesses juridicamente protegidos sobre aqueles não tutelados pelo ordenamento jurídico, já que é no Direito positivo que se pode identificar qual é o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos possuem quando considerados em sua qualidade de membros do corpo social; (ii) a preponderância relativa do interesse da coletividade (em si mesma considerada) sobre interesses de indivíduos ou grupos específicos, nos termos delineados pelo sistema normativo, quando ambos forem protegidos pelo ordenamento jurídico, com respeito aos princípios decorrentes da indisponibilidade do interesse

público (que constituem limites às prerrogativas de supremacia) e mediante uma compensação jurídica, como regra geral.

12. Se acolhido o critério da *estrutura lógico-normativa*, o enquadramento da norma da supremacia do interesse público na categoria de princípio ou de regra dependerá do conceito de interesse público adotado. Este pode ser considerado em uma perspectiva ampla (todos os interesses juridicamente tutelados, de natureza individual, coletiva ou difusa, porque foram protegidos pelo Direito mediante a expressão da vontade popular) ou em uma acepção estrita (interesses da coletividade em si mesma considerada que sejam protegidos pelo ordenamento jurídico, distinguindo-se dos interesses individuais e coletivos também albergados pelo sistema normativo). Tratando-se de conflito entre um interesse não resguardado pela ordem jurídica em face de um interesse por ela respaldado, este será considerado como *público*, aquele como *privado*, e a norma incidirá na forma de *regra*. Se, por outro lado, o caso for de colisão entre dois interesses amparados pelo Direito positivo, sendo um inerente a toda a coletividade e outro titularizado apenas por um indivíduo ou um grupo, a norma se aplicará como um *princípio*, determinando *prima facie* a realização otimizada do primeiro, que deverá prevalecer consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes.

Nesse último sentido é que se pode conceituar a norma constitucional da supremacia do interesse público como um *mandamento de otimização*: ela impõe que o interesse da coletividade seja realizado na maior medida possível, justificando inclusive a sua prevalência sobre outros interesses igualmente albergados no ordenamento jurídico. O que determinará, em definitivo, se esse interesse prevalecerá ou não serão as circunstâncias do caso concreto, que definirão uma *relação de precedência condicionada*: diante daquelas condições, estará justificada a preponderância do princípio. A resolução da colisão se dará mediante o recurso à técnica da ponderação e ao princípio da proporcionalidade.

13. O interesse público pode ser conceituado sob o ponto de vista de sua estrutura lógica. Nesse sentido, ele será explicado da seguinte forma: (a) os indivíduos possuem interesses pessoais que podem se manifestar por meio de duas dimensões: (i) uma *particular*, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do

indivíduo, singularmente considerado (v.g., interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma *pública*, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da coletividade maior na qual está inserido (v.g., interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário); (b) o interesse público é formado pelo conjunto das *dimensões públicas* dos interesses dos indivíduos, isto é, pelo conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade; (c) as pessoas jurídicas estatais podem ostentar, assim como os cidadãos, interesses exclusivamente particulares, que não coincidam com o interesse da coletividade: são os chamados *interesses secundários*, que representam interesses privados; (d) o conteúdo do interesse público é determinado pelo Direito positivo, inicialmente pela Constituição e posteriormente pelas leis e atos administrativos com ela consonantes (Bandeira de Mello).

Sob o prisma jurídico, no entanto, essa conceituação lógico-estrutural não explica as diferentes manifestações dessa categoria no ordenamento jurídico. O interesse público é utilizado de acordo com duas noções diferentes pelo Direito Administrativo. Uma delas diz respeito a um *interesse público em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público. A outra está relacionada às situações em que se exige um *interesse público em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado.

14. O *interesse público em sentido amplo* ostenta as seguintes características: (a) abrange todos os *interesses juridicamente protegidos*, na forma de *direitos subjetivos* ou de *interesses legítimos*, ficando de fora de seu espectro os *interesses puros e simples* e os *interesses ilícitos*, que configuram *interesses privados*; (b) nele estão incluídos o *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada) e os *interesses específicos (individuais e coletivos)* tutelados pelo ordenamento jurídico; (c) é determinado mediante um processo de elaboração normativa: (i) inicialmente pelo constituinte, que traça seus parâmetros essenciais ao proteger os valores mais fundamentais da sociedade; (ii) em seguida pelo legislador ordinário, que por meio da

deliberação democrática qualifica como públicos determinados interesses, em consonância com os objetivos jurídico-políticos previamente estabelecidos pela Constituição; (iii) quando for o caso, pelo Poder Executivo, mediante o exercício da função regulamentar, nas hipóteses e nos limites do que dispõem as normas legais e constitucionais; (d) para sua consecução, não basta que a atividade administrativa fundamente-se em um comando jurídico: é preciso que essa atuação esteja em conformidade com a *finalidade* subjacente à norma, que justifica a atribuição de competência para a prática do ato, sob pena de anulação através da técnica do *desvio de poder*; (e) constitui uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, pois proíbe que a Administração Pública aja em desconformidade com ele, abrindo ensejo, em tal situação, ao controle da atividade administrativa.

15. Por sua vez, o *interesse público em sentido estrito* pode ser explicado da seguinte maneira: (a) diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo; (b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i) *explicitamente*, quando se tratar de “interesse público como conceito legal” (utilização da expressão “interesse público” ou análogas pelo enunciado normativo); (ii) *implicitamente*, mediante a atribuição de uma competência discricionária; (c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público; (d) funciona como uma *condição positiva de validade* da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.

16. A norma constitucional da supremacia do interesse público pode incidir de duas formas distintas, conforme a espécie de conflito de interesses que estiver em

jogo. Se o embate se der entre o *interesse público em sentido amplo* (interesse juridicamente tutelado = *direitos subjetivos* e *interesses legítimos*, de natureza *individual, coletiva* ou *difusa*) e um *interesse privado* (interesse não protegido pelo sistema jurídico = *interesses puros e simples* ou *interesses ilícitos*), a norma se aplica de forma absoluta, determinando a supremacia do *interesse público* sobre o *interesse privado* em toda e qualquer hipótese. Para a vertente que erige o *grau de fundamentalidade* da norma como critério para separar os princípios das regras, a supremacia do interesse público será um princípio, por constituir um *mandamento nuclear do sistema*, dada a proximidade do seu conteúdo com as ideias de Estado de Direito e juridicidade administrativa. Para a corrente que adota o critério da *estrutura lógico-normativa* para diferenciar as espécies de normas jurídicas, a supremacia do interesse público, nessas situações, incidirá como uma *regra*, pois institui uma razão *definitiva* para decidir.

17. Se, por outro lado, tratar-se de um conflito entre o *interesse público em sentido estrito* (*interesse geral*, inerente a toda a coletividade) e um *interesse específico* (*individual* – titularizado por um indivíduo singular, ou *coletivo* – titularizado por um grupo determinado), ambos resguardados pelo ordenamento jurídico, a norma da supremacia do interesse público determinará que o primeiro seja realizado em sua máxima medida, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Instituirá uma prevalência relativa, que dependerá das circunstâncias presentes em cada situação. Para aqueles que empregam o critério do *grau de fundamentalidade* da norma para caracterizá-la como princípio ou regra, a norma em apreço será um *princípio*, visto que ela consiste uma das disposições-chave que fundamenta todo o regime jurídico-administrativo. Cuida-se de um comando jurídico que peculiariza o Direito Administrativo em face dos demais ramos do Direito, pois é em razão dele que o sistema normativo está autorizado a conferir privilégios e prerrogativas ao Poder Público, que não encontram equivalentes no Direito Privado.

Por sua vez, aqueles que diferenciam os princípios e as regras de acordo com a sua *estrutura lógico-normativa* classificarão essa perspectiva da norma em comento como um *princípio*, já que ela estabelece que o *interesse público em sentido estrito*

(*interesse geral*) seja realizado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Trata-se de uma razão *prima facie* para decidir, e não de uma ordem definitiva, uma vez que poderá haver, no caso concreto, motivos de fato ou de direito que justifiquem a prevalência de outros interesses igualmente resguardados pelo sistema normativo, de natureza *individual* ou *coletiva*. A questão deverá ser resolvida mediante o emprego da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Como existem duas noções distintas de interesse público (*lato sensu* e *stricto sensu*), a norma sob análise nem sempre determinará a supremacia do interesse público *sobre o privado*. O princípio realmente impõe uma primazia do interesse público: ora do interesse público *em sentido amplo*, ora do interesse público *em sentido estrito*. Todavia, o interesse que irá ceder nem sempre será o *interesse privado*: poderão ser os *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*) amparados pelo Direito. Por conta disso, sugere-se denominar a norma em tela de “princípio constitucional da supremacia do interesse público”, com os propósitos de resolver o problema apontado e de pôr em relevo o patamar hierárquico-normativo do princípio, realçando a sua estatura constitucional.

18. Nas situações em que o princípio constitucional da supremacia do interesse público determinar a prevalência do *interesse geral* sobre outros interesses – *individuais* ou *coletivos* – igualmente albergados no ordenamento jurídico, deverão ser observados os seguintes requisitos, sob pena de invalidade do ato: (a) existência de uma previsão normativa específica, conferindo à Administração uma competência que lhe autorize praticar um ato dessa natureza; (b) fundamentação explícita do ato, demonstrando a correspondência entre as circunstâncias fáticas e o interesse público qualificado exigido pela norma; (c) obediência a todos os desdobramentos do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, notadamente aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (d) fornecimento de uma compensação, por um bem jurídico equivalente ao interesse que houver sido afastado, nos casos em que a incidência do princípio acarretar um prejuízo anormal e especial.

19. As críticas endereçadas ao princípio constitucional da supremacia do interesse público não merecem prosperar, eis que decorrem de uma compreensão

equivocada do seu conteúdo. É possível agrupar os *nove* argumentos agitados por parcela da doutrina para questionar a legitimidade jurídica desse princípio em três eixos: (i) a pretensa impossibilidade de enquadramento da supremacia do interesse público na categoria normativa de “princípio”; (ii) a suposta inutilidade prática do princípio; e (iii) o alegado perigo de legitimação de práticas autoritárias. Cada um desses grupos comporta três críticas específicas e distintas.

20. O *primeiro* rechaço dirigido ao princípio consiste na alegação de que ele não possui qualquer previsão normativa, sendo impossível identificar um fundamento constitucional específico no qual ele esteja radicado. Conforme dito linhas atrás, ao contrário do que sustentam os defensores dessa posição, existem no ordenamento jurídico brasileiro dois dispositivos determinados dos quais se pode deduzir o princípio da supremacia do interesse público: o art. 3º, IV e o art. 66, §1º da Constituição Federal. Ambos já foram referidos no ponto **8.** destas proposições objetivas.

21. Nessa mesma linha, afirmam alguns autores que a supremacia do interesse público se trata meramente de um postulado ético-político, que não se reveste de normatividade jurídica. Contudo, o fato de o princípio encontrar um correlato no âmbito da Ética e da Política – o bem comum – não lhe extrai a sua condição de princípio jurídico, uma vez que, conforme visto, ele pode ser deduzido do ordenamento constitucional brasileiro. Se fosse procedente o argumento, a dignidade da pessoa humana, a democracia e a moralidade administrativa também não poderiam ser enquadradas na categoria jurídica de princípios, por retratarem valores concebidos originariamente nos campos da Ética, da Política e da Filosofia.

22. Dentro dessa mesma crítica, afirma-se que o princípio em debate sequer encontra respaldo implícito da Lei Fundamental de 1988, pois o tecido constitucional apontaria, supostamente, para uma prevalência do interesse privado (ou, pelo menos, para a equiparação entre ambos os interesses), dada a ampla proteção conferida a valores individuais, tais como a liberdade e a propriedade. No entanto, como se pôde ver no ponto **9.** destas proposições objetivas, há uma série de disposições constitucionais que apontam para a prevalência do interesse público, de sorte que a alegação contraria uma leitura sistemática da ordem constitucional pátria.

23. A *segunda* oposição ao princípio da supremacia do interesse público relacionada à pretensa impossibilidade de enquadrá-lo na categoria normativa de “princípio” revela-se na afirmação de que ele não teria conteúdo jurídico próprio, pois para explicá-lo a doutrina teria sempre de recorrer a outros princípios, tais como o da moralidade e o da impessoalidade da Administração Pública. Ocorre que, de acordo com um dos possíveis conceitos de *princípio* que se utiliza para explicar a supremacia do interesse público (alicerce de um sistema), essa é uma característica própria dessa espécie de norma jurídica: alguns deles possuem um grau mais elevado de abstração (v.g., Estado de Direito), e só podem ser explicados a partir de outros subprincípios e regras que lhe dão concretude (v.g., segurança jurídica, legalidade administrativa, irretroatividade das leis, etc.), que por sua vez, só podem ser compreendidos com base nos princípios mais gerais que lhes oferecem sustentáculo. Cuida-se de um “processo de esclarecimento recíproco” (Larenz).

24. Ademais, ambos os conceitos de *princípio* analisados – “mandamento nuclear de um sistema” (Bandeira de Mello) e “mandamento de otimização” (Alexy) – identificam que essa espécie normativa é dotada de uma característica peculiar: a complementaridade ou concordância prática. Em razão desse atributo, os princípios se complementam e se condicionam reciprocamente, de modo que o conteúdo normativo de um é influenciado pela essência jurídica dos demais. Não há qualquer motivo para se questionar, portanto, o fato de o princípio da supremacia do interesse público ter o seu conteúdo coincidente, por vezes, com os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. Até porque, tais valores residem no cerne do próprio conceito de interesse público.

25. Se fosse procedente tal intelecção, a dignidade da pessoa humana e a juridicidade administrativa – cujo *status* de princípio é reconhecido por vários dos autores que compartilham da posição contrária ao princípio ora focado – não poderiam ser classificadas como princípios jurídicos. Isso porque, assim como o princípio constitucional da supremacia do interesse público, os princípios da dignidade da pessoa humana e da juridicidade administrativa são explicados a partir de outros princípios e regras a eles vinculados, de modo que a sua violação é, muitas vezes, demonstrada a partir da ofensa a normas deles decorrentes. O raciocínio logicamente

não faz sentido, por se tratar de um fenômeno próprio dos princípios jurídicos, fato que conduz à sua improcedência.

26. A *terceira* crítica desferida ao princípio em referência diz respeito à sua suposta incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade e com a técnica da ponderação. Sustentam alguns autores que pelo fato de o princípio determinar um dever absoluto de prevalência do interesse público sobre o privado, isso significaria que num eventual choque com outros princípios ele iria sempre preponderar, independentemente das circunstâncias do caso concreto, o que não se admite em uma teoria dos princípios.

27. Porém, é preciso lembrar que há mais de um conceito de *princípio jurídico* utilizado pela doutrina brasileira. A corrente que entende essa categoria normativa como “mandamento nuclear de um sistema” (Bandeira de Mello) aceita que alguns princípios estejam sujeitos a ponderação e outros não, uma vez que não acolhe a forma de incidência como o critério para distinguir princípios e regras, mas sim o *grau de fundamentalidade da norma*. As normas identificadas como “princípios absolutos” pelos autores tributários dessa vertente correspondem àquelas que outros doutrinadores (v.g., Alexy) chamam de *regras*. Por sua vez, se escolhida a concepção de princípio como *mandamento de otimização*, que emprega o critério da *estrutura lógico-normativa* para estremar os princípios das regras, a norma da supremacia do interesse público incidirá ora como *princípio*, ora como *regra*, dependendo do tipo de interesses que estiverem em rota colisão, conforme explicado nos pontos **12.**, **16.** e **17.** destas proposições objetivas. Quando incidir a *norma-princípio*, que autoriza a prevalência *prima facie* do *interesse público em sentido estrito (interesse geral)* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)*, tutelados pelo Direito), será necessário recorrer à técnica da ponderação e ao princípio da proporcionalidade, não havendo qualquer incompatibilidade entre eles e o princípio constitucional sob análise.

28. Esse duplo caráter normativo da supremacia do interesse público – princípio e regra – é também característico da norma que estabelece a supremacia da Constituição (princípio da constitucionalidade ou da supremacia constitucional). Ela possui duas dimensões: (i) a supremacia *formal*, que estabelece que as normas previstas pela Lei Maior, em virtude do seu complexo processo de criação e de sua

sujeição a um procedimento mais dificultoso de modificação, são formalmente superiores àquelas inseridas nas leis ordinárias, devendo preponderar sobre elas; e (ii) a supremacia *material*, segundo a qual os valores contidos nas disposições constitucionais devem prevalecer sobre os demais, por retratarem as decisões políticas mais relevantes da sociedade. A primeira configura um *princípio*, pois numa colisão entre uma norma constitucional e outra infraconstitucional, embora haja uma prevalência *prima facie* da primeira, as circunstâncias do caso concreto podem inverter essa relação e exigir a continuidade da aplicação da disposição normativa de inferior escalão. A segunda traduz uma *regra*: ela impõe uma razão *definitiva* de decidir em favor da axiologia constitucional, pois num processo de ponderação entre um dispositivo constitucional e outro infraconstitucional só se poderá afastar a preponderância do primeiro com lastro em fundamentos *materialmente* constitucionais (segurança jurídica, proibição de retrocesso social, etc.). Haverá sempre, nessa linha, a supremacia de um valor *materialmente* constitucional.

29. O princípio da proporcionalidade é plenamente compatível com a norma constitucional da supremacia do interesse público, uma vez que quando ela incidir na forma de *princípio*, determinando a prevalência relativa do *interesse geral* (da coletividade) sobre os *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*), a sua eventual colisão com outros princípios será resolvida mediante a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade. Exemplo disso é a utilização do conceito de “interesse geral” pelo *Conseil Constitutionnel* francês como critério para avaliar preventivamente a constitucionalidade de medidas legislativas restritivas de direitos e liberdades fundamentais. Segundo o Conselho, as limitações legais a esses direitos só estarão de acordo com interesse geral se ultrapassarem o teste da proporcionalidade. Demais disso, se procedentes as críticas dirigidas ao princípio da supremacia do interesse público, o próprio princípio da proporcionalidade seria por elas atingido, uma vez que: (i) ele também não encontra assento constitucional explícito; (ii) ele não parece estar sujeito a ponderações, já que ao final sempre deverá prevalecer a decisão proporcional; (iii) ele tem um conteúdo tão fluido e suscetível a manipulações discursivas quanto o princípio da supremacia do interesse público.

30. A *quarta* crítica, inserida no grupo de argumentos que sugerem a inutilidade prática do princípio vertente, traduz-se na alegação de que ele carece de significação jurídica, em razão da fluidez do conceito de interesse público. Sua indeterminação conceitual implicaria a impossibilidade de manejá-lo de forma útil, o que permitiria o seu emprego para o cumprimento de qualquer finalidade. Sem embargo, a afirmação ignora a ampla teorização existente na Filosofia e na Teoria do Direito acerca dos conceitos jurídicos indeterminados. Tais expressões, por mais que sejam dotadas de significativa vagueza e imprecisão, possuem sempre: (i) um núcleo de certeza positiva, dentro do qual se situam as situações fáticas que seguramente se enquadram naquele conceito jurídico; (ii) uma zona de penumbra ou indeterminação, situada no entorno desse núcleo, onde se localizam os fatos que podem ou não corresponder ao conceito; (iii) uma zona de certeza negativa, que abrange os casos que sem dúvida não se enquadram nas hipóteses previstas pelo conceito.

31. É possível determinar o conteúdo do interesse público no caso concreto, a partir do recurso à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. No seu núcleo de certeza positiva situam-se os valores protegidos pelo Preâmbulo constitucional, os princípios fundamentais da República arrolados no Título I da Constituição Federal (art. 1º ao 4º) e os direitos e garantias fundamentais do cidadão (Título II da CF). À luz desses valores jurídicos, o administrador deverá motivar suas decisões, quando fundadas no princípio sob exame, apresentando expressamente as razões que conduziram à conclusão de que aquelas circunstâncias fáticas se encaixavam no conceito de interesse público. A ausência de motivação do ato administrativo ou a utilização de justificativas que não correspondam efetivamente à realidade ensejará a possibilidade de controle judicial da atividade do Poder Público.

32. Some-se a isso o fato de que o Direito positivo brasileiro lança mão de uma série de outros termos jurídicos igualmente indeterminados, tanto no campo do Direito Administrativo (“moralidade”, “publicidade”, “impeçoalidade”, etc.) quanto em outros setores do saber jurídico (“boa-fé”, “segurança jurídica”, “excepcional interesse social”, “desídia”, “perigo à ordem pública”, “dano moral”, “receio de dano irreparável”, “dignidade da pessoa humana”, etc.). E não há maiores questionamentos sobre a aplicabilidade desses conceitos, nem mesmo em relação à possibilidade de os

juízes e tribunais reverem atos jurídicos que tenham sido com base neles praticados. Se fosse procedente o argumento ora apreciado, seria necessário também negar a utilização de todas essas expressões jurídicas.

33. A *quinta* refutação ao princípio constitucional da supremacia do interesse público, que também pretende demonstrar a sua suposta inutilidade, diz respeito à afirmação de que os interesses privados compõem interesse público, retratando uma de suas dimensões, o que impossibilitaria a dissociação entre eles e inviabilizaria a incidência do princípio. Não obstante, tal conclusão decorre de uma compreensão equivocada acerca dos conceitos de “interesse público” e de “interesse privado” subjacentes ao princípio em epígrafe. *Interesse do indivíduo* e *interesse privado* não retratam expressões coincidentes.

34. O conceito de interesse público pode ser encarado em uma acepção ampla ou num sentido estrito. O *interesse público em sentido amplo* engloba todos os interesses juridicamente resguardados, e aí sim poderá abranger interesses individuais, mas apenas quando estejam amparados pelo Direito positivo. Esses realmente comporão o interesse público *lato sensu*, sob a forma de *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*. Acontece que mesmo se encarado em sua concepção ampla, o conceito de interesse público não alberga os interesses igualmente individuais que não desfrutem de proteção jurídica (*interesses puros e simples* e *interesses ilícitos*). Nessa medida é que se pode diferenciar os interesses individuais que fazem parte do interesse público (*lato sensu*) – os *direitos subjetivos* e os *interesses legítimos* – daqueles que compõem o *interesse privado* – *interesses puros e simples* e *interesses ilícitos*. Os primeiros devem prevalecer sobre os segundos, em caso de colisão.

35. Além disso, se tomado em seu sentido estrito, o interesse público não incluirá nem mesmo os interesses individuais dotados de amparo jurídico-normativo, pois ele diz respeito somente ao *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada, que pode se chocar com interesses de indivíduos ou grupos que também estejam protegidos pelo Direito positivo. Trata-se de mais uma forma de distinguir interesses individuais de interesse público. Portanto, é errônea a dedução de que não se pode dissociar interesses individuais e interesse público, já que somente alguns

daqueles (os juridicamente protegidos) farão parte deste, e isso ocorrerá apenas quando se estiver aludindo ao *interesse público em sentido amplo*.

36. O *sexto* motivo que justificaria a negação do princípio, diante de sua pretensa inutilidade prática, seria o fato de que contemporaneamente inexistente um interesse público, único, homogêneo, facilmente identificável: há uma pluralidade de interesses públicos que podem, inclusive, conflitar entre si, o que tornaria inócua uma norma que determinasse a prevalência de *um* interesse público singular. Entretanto, a multiplicidade de interesses públicos é um dado que já é levado em conta de longa data pela doutrina e pela jurisprudência, e ainda assim permanece a utilidade do princípio. Uma de suas dimensões estabelece a supremacia do *interesse público em sentido amplo* (conjunto de interesses juridicamente tutelados) sobre o *interesse privado* (não amparado pelo Direito). Mesmo que exista uma infinidade de interesses que se enquadrem no primeiro e estejam suscetíveis a conflitos entre si, a norma da supremacia do interesse público continua sendo válida, pois prevê a prevalência desses interesses sobre outros, que não recebam a tutela do sistema normativo.

37. Se fosse procedente o argumento, também seria inútil o princípio da supremacia da Constituição. Não existe apenas *uma* norma ou *um* valor constitucional que deva sempre prevalecer: há uma pluralidade deles, que estão igualmente sujeitos a choques entre si. E nem por isso se nega a importância desse princípio, uma vez que ele determina, pelo menos, a supremacia de todos esses valores constitucionais sobre outros que não se situem no mesmo patamar hierárquico. Assim, por mais que haja, por exemplo, uma multiplicidade de direitos fundamentais passíveis de colisão no caso concreto, o princípio permanece relevante, já que num embate entre um direito fundamental e uma norma infraconstitucional deverá preponderar o primeiro.

38. Acresça-se ao que foi dito um terceiro fator: se a faceta da norma da supremacia do interesse público que impõe a primazia absoluta dos interesses juridicamente tutelados (*interesse público em sentido amplo*) sobre os interesses não aparados pelo Direito (*interesse privado*) – dimensão de *regra*, nos termos da classificação de Alexy – não resolve um conflito entre dois interesses públicos, o mesmo não se pode dizer em relação à sua dimensão *principiológica*. Essa última determina a prevalência relativa, *prima facie*, do *interesse público em sentido estrito*

sobre os *interesses específicos*, de acordo com o que dispuser o ordenamento jurídico. Assim, se dois interesses albergados pelo sistema normativo colidirem, sendo um deles *interesse geral*, inerente a toda a coletividade, e outro *específico*, titularizado por um indivíduo ou por um grupo determinado, a norma em questão estabelecerá a preponderância *prima facie* do primeiro, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta. As circunstâncias presentes no caso poderão elidir essa relação de preponderância, de modo que a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade poderão apontar para a prevalência do interesse *individual* ou *coletivo* sobre o *geral*.

39. O *sétimo* argumento contrário ao princípio em discussão faz parte do terceiro grupo de críticas, que denuncia um perigo de legitimação de práticas autoritárias supostamente proporcionado pela existência de uma norma jurídica que afirme a supremacia do interesse público. Revela-se na assertiva de que o princípio peca pela desconsideração dos interesses do indivíduo, vinculando-se ou a concepções *organicistas*, que propugnam pela sobreposição dos anseios da coletividade sobre o dos indivíduos (ainda que isso implique o seu aniquilamento), ou *utilitaristas*, que propõem a predominância da soma dos interesses dos particulares sobre os interesses dos indivíduos singularmente considerados. Tal posição ignora o fato de que há outras perspectivas políticas que privilegiam o interesse da coletividade, sem com isso ignorar os interesses dos indivíduos.

40. É o caso do *personalismo solidário*, corrente de pensamento que, visando à harmonia entre a pessoa humana, os grupos sociais e o Estado, acolhe duas premissas: (i) a *dignidade* do ser humano, compreendido sempre como sujeito e nunca como objeto; e (ii) a natureza *social* e *política* da pessoa, cuja sobrevivência depende do seu relacionamento com outros seres humanos, que são imprescindíveis não apenas para a satisfação das suas necessidades, como também para a sua realização pessoal, por meio da comunicação e da interação com os demais. A união de tais pressupostos proporciona uma concepção que se distancia do *individualismo* próprio do *utilitarismo*, por considerar o ser humano como inseparável da sociedade onde vive e se desenvolve. Assim, o caráter *social* e *político* de cada pessoa evita o exacerbamento dos interesses individuais. De outra parte, afasta-se igualmente do *coletivismo*

totalitário característico do *organicismo*, visto que embora a pessoa precise da comunidade política, ela não é absorvida por esta. A *dignidade* ínsita a cada pessoa humana submete o Estado ao seu serviço, de modo que o interesse público não se determina em abstrato, mas sim a partir das necessidades existenciais concretas de cada cidadão.

41. Sob esse prisma, a compreensão que oferece sustentáculo ao princípio constitucional da supremacia do interesse público em momento algum sugere o aniquilamento dos interesses dos indivíduos. Pelo contrário: é justamente na *dimensão pública* desses interesses – vale dizer, nos interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade – que se revela o interesse público. Os diversos autores que acolhem o princípio em debate consideram que os interesses individuais formam parte do interesse público, desde que protegidos pelo ordenamento jurídico.

42. Uma demonstração disso encontra-se em diversas decisões do Conselho de Estado francês, que consideram como interesse público alguns interesses de determinados indivíduos ou grupos. É o caso dos julgados que, analisando se efetivamente havia utilidade pública que justificasse a expedição de atos expropriatórios, atestam que o interesse de uma empresa privada pode representar um legítimo interesse público, diante da sua relevância para a comunidade local.

43. A *oitava* razão levantada por parcela da doutrina brasileira para rejeitar o princípio constitucional da supremacia do interesse público seria a sua incompatibilidade com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, que segundo tais autores consistem em *interesses privados*. Nesse ponto reside um dos mais graves equívocos daqueles que se opõem ao princípio em referência: considerar que os direitos fundamentais do cidadão e a dignidade da pessoa humana representam o interesse privado. Conforme posição largamente difundida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência estrangeiras, que enfrentaram esse tema de modo mais detido, tais valores traduzem o cerne do interesse público, isto é, o seu núcleo de certeza positiva. Se de um lado o interesse público é um conceito dinâmico, passível de transformação conforme as variações das majorias parlamentares, de outro os direitos fundamentais compõem o seu “núcleo duro” (Meilán Gil), a parcela perene do conceito de interesse público contemplado nos Estados de Direito verdadeiramente

democráticos. Nessa linha, afirmar a prevalência do interesse público significa, concomitantemente, sustentar a supremacia dos direitos fundamentais.

44. Deve-se observar, por outro lado, que embora os direitos fundamentais individuais integrem o conteúdo do *interesse público em sentido amplo*, eles não esgotam o seu conteúdo. Há outros *direitos subjetivos* e *interesses legítimos* que também fazem parte desse conceito, e que podem vir a colidir com os direitos fundamentais titularizados por determinados indivíduos ou grupos. Nas hipóteses em que houver esse embate, e que o resultado da ponderação apontar para a necessidade de restrição pontual de um direito fundamental para fazer valer o *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada, essa limitação deverá ser proporcional e razoável, atendendo aos desdobramentos do princípio da indisponibilidade do interesse público. A restrição de direitos fundamentais em nome do *interesse geral* sempre dependerá de previsão específica do ordenamento jurídico, e somente será autorizada se for imprescindível para conciliar o exercício dos direitos que sofreram limitação com o gozo de outros direitos igualmente fundamentais, ou com a satisfação de valores constitucionais que eventualmente entrem em conflito em face de circunstâncias determinadas.

A atividade de polícia administrativa, que se caracteriza pelo condicionamento da liberdade e da propriedade em prol dos interesses da coletividade, sempre foi considerada pela doutrina como uma modalidade de atuação subordinada ao princípio da legalidade em sentido estrito, e submetida às ideias de *necessidade*, *eficácia* e *proporcionalidade* da medida restritiva. Afirmar a impossibilidade de se limitar o exercício de direitos fundamentais em nome do *interesse geral* significa ignorar não apenas a doutrina do Direito Administrativo, mas também a realidade normativa de Direito Internacional e de Direito Comparado, haja vista a existência de convenções internacionais de direitos humanos (v.g., Pacto de San José da Costa Rica) e Constituições (v.g., França e Uruguai) que admitem restrições de tal espécie.

45. A doutrina que defende o princípio constitucional da supremacia do interesse público jamais sustentou a possibilidade de se aniquilar direitos subjetivos sob a alegação genérica e infundada de existência de um interesse público preponderante. O que se aceita é o afastamento pontual de determinados *interesses*

específicos (individuais ou coletivos) juridicamente respaldados em nome do interesse da coletividade, quando este receber, igualmente, amparo do Direito positivo. Para isso, faz-se imperiosa a observância de quatro requisitos, tal como se expôs no ponto **18.** destas proposições objetivas. Dois deles são: (i) a existência de uma previsão normativa, que habilite a Administração a deslocar o direito subjetivo em prol do *interesse geral*; (ii) a necessidade de compensação jurídica do cidadão ou grupo que teve o seu direito afastado, quando a incidência do princípio ocasionar danos anormais e especiais. No caso do primeiro, improcede o argumento de que, se há previsão normativa, o ordenamento jurídico já ponderou os interesses em jogo e seria despiciendo o princípio em debate. Isso porque, se a previsão for realizada em nível legislativo, ela carecerá de um fundamento constitucional que lhe outorgue legitimidade jurídica, a qual, segundo se defende neste estudo, só pode lhe ser conferida pelo princípio constitucional da supremacia do interesse público.

46. A *nona* acusação assacada ao princípio constitucional da supremacia do interesse público traduz-se na asserção de que ele constituiria um fundamento jurídico para a prática de arbitrariedades, apresentando-se como a nova roupagem das chamadas “razões de Estado”. Com base nele, estaria a Administração Pública autorizada a praticar qualquer ato, mesmo que atentatório contra direitos subjetivos amparados pelo sistema normativo, em nome de um abstrato e não-demonstrável interesse público. A crítica não merece acolhida, haja vista que todas as vezes em que o princípio determinar a prevalência do *interesse geral* sobre *interesses específicos (individuais ou coletivos)*, protegidos pelo Direito), será imprescindível a motivação expressa do ato, sob pena de nulidade. Consiste em uma forma de controle racional da atuação administrativa, que decorre implicitamente do art. 37, *caput* da Constituição Federal e explicitamente dos arts. 2º, *caput*, VII e 50 da Lei Federal nº 9.784/99. Todas as vezes em que a Administração invocar um interesse público especial, qualificado, que autorize o afastamento de interesses individuais juridicamente tutelados, a validade do ato estará condicionada à apresentação dos motivos de fato e de direito que lhe renderam ensejo.

47. Outro argumento que atesta a impropriedade da refutação ora apreciada consiste na possibilidade de controle judicial dos atos administrativos. O receio de que

o princípio constitucional da supremacia do interesse público pode servir de fundamento jurídico para práticas arbitrárias só faria sentido se, além de ele poder ser aplicado sem o dever de motivação, os atos com base nele expedidos estivessem infensos a posterior revisão jurisdicional. Não é o que acontece, pois o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, albergado em diversos tratados internacionais de direitos humanos e previsto pela Constituição brasileira de 1988 no art. 5º, XXXV, atribui ao juiz a competência para anular os atos administrativos que não correspondam realmente a um interesse público.

48. Por fim, resta consignar que o argumento utilizado por alguns autores no sentido de que a jurisprudência do STF, ao rejeitar as “razões do Estado”, estaria negando a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público retrata, no mínimo, uma afirmação leviana, e, no máximo, uma deturpação dos arestos da Corte Suprema. A explicação é simples: os mesmos relatores que proferiram as decisões citadas, que afastam a possibilidade de o Poder Público recorrer às “razões de Estado”, utilizam o princípio em foco como fundamento jurídico dos seus votos em diversos outros julgados, exarados antes e depois dos acórdãos mencionados. E mais do que isso: esses mesmos Ministros reconhecem o assento constitucional do princípio, considerando-o como um argumento jurídico idôneo para decidir. É evidente, portanto, que as chamadas “razões de Estado” não guardam qualquer relação com o princípio constitucional da supremacia do interesse público.

2. Encerramento

O resultado da presente investigação aponta para a existência normativa do *princípio da supremacia do interesse público* no ordenamento constitucional brasileiro. Ele traduz um dos pilares que compõe o regime jurídico-administrativo, representando um dos dois conjuntos de ideias que peculiariza o Direito Administrativo em face dos demais ramos jurídicos: a outorga de prerrogativas e benefícios especiais à Administração Pública, necessários à satisfação do interesse público e não encontráveis no Direito Privado. Ao seu lado, figura o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*, que aglutina o outro grupo de valores que

caracteriza essa disciplina jurídica: a imposição de sujeições especiais ao Poder Público, imprescindíveis para assegurar o seu afivelamento à tarefa de buscar os interesses da coletividade, as quais não são dirigidas pelo sistema normativo aos particulares. Um não pode ser compreendido sem o outro, sob pena de desnaturação da essência desse regime.

A relevância jurídica do princípio constitucional da supremacia do interesse público consiste, precisamente, em legitimar juridicamente as disposições normativas que conferem ao Estado esses poderes especiais, instrumentais à consecução do interesse público. A inexistência do princípio importaria a impossibilidade de a Administração Pública fazer prevalecer, no caso concreto, o *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada) sobre os *interesses específicos* (individuais ou coletivos) igualmente protegidos pelo Direito, impondo unilateralmente condutas aos sujeitos privados. No entanto, o seu conteúdo jurídico deve ser, logicamente, apreendido de acordo com os delineamentos que lhe empresta o Direito positivo, fato que impede a sua invocação como supedâneo para a prática de atos antijurídicos.

As críticas que têm sido tecidas a esse princípio por parcela da doutrina brasileira refletem uma absoluta desconsideração dos pressupostos teóricos que, desde a sua formulação originária traçada por Celso Antônio Bandeira de Mello em 1967, foram desenvolvidos no Direito pátrio. Se bem observados os elementos que já faziam parte da construção vestibular do princípio em apreço, a quase totalidade dos argumentos que sugerem o seu sepultamento cai por terra. Jamais se propôs a existência de um princípio desvinculado do ordenamento jurídico, capaz de justificar atuações administrativas arbitrárias, ilimitadas, desproporcionais, irrazoáveis, ilícitas, carentes de motivação e suscetíveis a aniquiliar direitos subjetivos dos indivíduos, fundamentais ou não. Pelo contrário: como se pôde observar no decorrer do trabalho, a doutrina do Direito Administrativo preocupou-se em aprimorar, permanentemente, os contornos jurídicos que estruturam a concepção teórica desse princípio, com o intuito de evitar a sua malversação.

É preciso reconhecer, por outro lado, que as refutações endereçadas a esse princípio demonstraram a necessidade de se revisitar as suas bases teóricas, aprofundando a análise da sua estrutura normativa e refinando os alicerces que

fundamentam a sua arquitetura jurídica. A escassez de pesquisas científicas destinadas especificamente ao tema parece ter sido uma das causas de sua aplicação equivocada pela Administração Pública e pela jurisprudência brasileiras, o que demonstra o aspecto positivo proporcionado pela reinserção dessa temática no debate acadêmico nacional. Todavia, isso não significa, de forma alguma, que assista razão à proposta de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público.

Embora possa não ser essa a intenção de alguns dos doutrinadores que sustentam tal posição, a rejeição do princípio em comento presta-se a corroborar com uma tendência de privatização do espaço público, que a pretexto de construir uma Administração Pública mais democrática, vem propondo a formação de “novos paradigmas” que não passam, muitas vezes, de manobras destinadas à fuga do regime jurídico próprio de Direito Público.

A toda evidência, o Direito Administrativo contemporâneo reclama, realmente, uma releitura de seus institutos à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito. E isso, requer, sem dúvida, a transformação de determinados conceitos não mais condizentes com essa nova realidade. Não obstante, isso não quer dizer, como bem ressaltou Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “que estejamos assistindo ao enterro das instituições clássicas do Direito Administrativo. (...) Não se trata, de nenhuma maneira, de uma substituição ‘*in toto*’ de um corpo de instituições, conceitos e categorias por outro”¹²⁵⁸. Cuida-se, tão-só e unicamente, de compreender o fenômeno jurídico e as instituições políticas de acordo com a realidade hodierna e os anseios sociais atuais, sem que para isso seja necessário refutar os avanços do passado por observá-los com as lentes do presente.

¹²⁵⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El marco constitucional del Derecho Administrativo español... *Op. Cit.*, p. 129.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001.

AMENÁBAR, María del Pilar. *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

AQUINO, Rubim Santos Leão; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa; AGOSTINO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, nº 86, São Paulo: RT, p. 181-186, abr./jun. 1988.

_____. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses*

privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173-217.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, São Paulo: Malheiros, p. 159-180, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. In: _____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-78.

_____. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público do Brasil. In: _____.; Luiz Alberto Blanchet (Coords.). *Serviços Públicos: Estudos Dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 11-46.

_____. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____.; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.

_____. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: _____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 125-143.

_____. Bens públicos e função social da propriedade. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, nº 65, Belo Horizonte: Fórum, p. 12-13, maio 2007.

_____. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 211, Rio de Janeiro: Renovar, p. 65-77, jan./mar. 1998.

_____. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: Fabrício Motta. (Org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 317-323.

_____. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

_____. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Ética pública e Estado Democrático de Direito. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 3, San José: Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, p. 57-62, 2003.

_____. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 7, San José: Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, p. 35-46, 2007.

_____. O concurso público e o processo administrativo. In: Fabrício Motta. (Org.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 73-89.

_____. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 37, Belo Horizonte: Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad en el Derecho Público*, nº 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002.

_____. O serviço público. In: Carlos E. Delpiazzo (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 603-608.

_____. Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro. In: *XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Conferência de abertura proferida em 21.10.2009. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 2009.

_____. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Interesse Público*, nº 6, Porto Alegre: Notadez, p. 11-47, abr./jun. 2000.

_____; BLANCHET Luiz Alberto (Coords.). *Serviços Públicos: Estudos Dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 39, Belo Horizonte: Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. Apresentação. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15-17.

_____; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 875-903.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, nº 11, Porto Alegre: Notadez, p. 42-73, jul./ago. 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio: Dos professores e seu destino. In: Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. vii-xviii.

_____. Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, São Paulo: Malheiros, p. 168-185, 1993.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 232, Rio de Janeiro: Renovar, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996, p. 243-247.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAZÁN, Victor (Coord.). *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003.

BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração? In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 278-302.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 171-183, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119-172.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 207-278.

BOLGÁR, Vera. L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, nº 2, Paris: LGDJ, p. 329-363, 1965.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996.

_____. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, nº 37, Notadez: Porto Alegre, p. 29-48, maio/jun., 2006.

BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit positif et droit positif. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XX^e siècle (Études Offertes a Georges Ripert)*. Paris : LGDJ, 1950.

BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 898.005/RN. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 06.08.2007.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 16.151/PR. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda Turma, julgado em 07.02.1993, DJ 28.02.1994.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental na Suspensão da Segurança nº 1149/PE. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03.04.1997, DJ 09.05.1997.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263831. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26.09.2000, DJ 07.12.2000.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1003/DF. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01.08.1994, DJ 10.09.1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Petição nº 1343/DF. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 21.08.1997, DJ 28.08.1997.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Petição nº 1376/RS. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 20.10.1997, DJ 24.10.1997.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 122.202. Relator Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 10.09.1993, *DJ* 08.04.1994.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 413960/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Decisão Monocrática, julgado em 30.05.2006, *DJ* 08.06.2006.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 417992/RS. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 30.11.2009, *DJe* 16.12.2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 496861/RS. Relator Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 21.06.2010, *DJe* 04.08.2010.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Apelação Cível nº 645.697-7. Relator Juiz Convocado Albino Jacomel Guérios, julgado em 25.03.2010.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: _____. *Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004, p. 259-272.

CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo da Cunha (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-66.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951.

CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995.

CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CASSINELLI, C. W. O interêsse publico na ética política. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 54-63.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CHAPUS, René. Le service public et la puissance publique. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v 84, n° 1-3, Paris: LGDJ, p. 235-282, jan./juin 1968.

_____. *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris: LGDJ, 1954.

CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt général dans l'Administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 41, n° 4, Bruxelles: [s.n.], p. 325-350, 1975.

_____. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dir.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990, p. 135-163.

_____. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie. *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 1. Paris : PUF, 1978, p. 11-45.

CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, v. 22, Curitiba: UniBrasil, p. 17-29, jul./dez. 2003.

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 34-53.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

_____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 19, São Paulo: RT, p. 279-307, abr./jun. 1997.

_____. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Curitiba: Julex, 1988.

_____. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, nº 106, Brasília: Senado Federal, p. 81-98, abr./jun. 1990.

_____. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sérulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez. El Derecho Administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. In: Universidad Católica Andrés Bello. *Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. t. I. Caracas: Paredes, 2007, p. 123-154.

_____. Derecho Administrativo, Constitución y derechos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010.

_____; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). *Administración Pública, juridicidad y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, nº 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____; Danilo Zolo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

_____.; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 239-265.

_____. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 13-31, abr./jun. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 93, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-10, out./dez. 1968.

_____. *Tratado de direito administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni de Principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 45, Curitiba: SER/UFPR, p. 37-73, 2006.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: RT, 2001.

D'ARGENIO, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, nº 59, Buenos Aires: LexisNexis, p. 67-111, ene./mar. 2007.

DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nº 5, Paris: LGDJ, p. 1289-1313, sep./oct. 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009.

_____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUPUIS, Georges ; GUÉDON, Marie-José ; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris : Dalloz, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Sentencia de 12 de diciembre de 1986.

_____. *Tribunal Constitucional*. Sentencia de 14 de julio de 1981.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1956.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do Direito Administrativo e as políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40 (Edição Especial de 10 anos), Belo Horizonte: Fórum, p. 271-290, abr./jun. 2010.

_____. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 267-305.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: RT, 1980.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 307-346.

_____. O Público e o Privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 57-83.

_____. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, nº 12, Belo Horizonte: Fórum, p. 141-165, abr./jun. 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

_____. (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FONTECILLA, Jorge Correa. Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, nº 24, Madrid: Tribunal de Cuentas, p. 135-161, ene./abr. 2006.

FRANÇA. *Conseil d'État. Arrêt Société Maison Genestal*, le 26 janvier 1968.

_____. *Conseil d'État. Arrêt Couitéas*, le 30 novembre 1923.

_____. *Conseil d'État. Arrêt Robert-Léon Weyl*, le 26 juin 1974.

_____. *Conseil d'État. Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, le 20 octobre 1972.

_____. *Conseil d'État. Arrêt Société industrielle de schistes et dérivés*, le 5 octobre 1937.

_____. *Conseil d'État. Arrêt Ville de Limoges*, le 18 juillet 1973.

_____. *Conseil d'État. Arrêt Ville de Sochaux*, le 20 juillet 1971.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993.

FRANCO, José Enrique Rojas. *Derecho Administrativo de Costa Rica*. México: Porrúa, 2006.

_____. Presentación de la obra jurídica del doctor Álvaro Mora Espinoza. In: Álvaro Enrique Mora Espinoza. *El deber de hacer de la Administración* (supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional). San José: IJSA, 2009.

FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 39, Belo Horizonte: Fórum, p. 147-162, jun./mar. 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, nº 239, Rio de Janeiro: Renovar, p. 45-65, jan./mar. 2005.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra; Luis Manuel Fonseca Pires; Marcelo Benacchio. (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 239-292.

GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 23-49.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

_____. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

_____. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

_____. Principio de legalidad: Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-62, ene./abr. 1984.

_____. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 40, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 189-224, ene./abr. 1963.

_____. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, Madrid: Civitas, p. 69-89, ene./mar. 1996.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

GARRIDO FALLA, Fernando. Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley. *Revista de Administración Pública*, nº 128, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-22, mayo/ago. 1992.

_____. El derecho a indemnizaciones por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, nº 81, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-33, sep./dic. 1976.

_____. La Administración y la Ley. *Revista de Administración Pública*, nº 6, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 125-142, sep./dic. 1951.

_____. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____. Prólogo a la primera edición. In: _____. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. I. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 18-20.

_____. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr. 1952.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de

Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 3. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990, p. 221-232.

GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. 3v.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. v. 1. Trad. Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1991.

_____. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.

GOANE, René Mario. Estado, bien común e interés público. In: *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. El derecho administrativo. In: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 289-352.

_____. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

_____. La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 5, Madrid: Civitas, p. 248-255, abr./jun. 1975.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 5.ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUIMARÃES, Ulysses. *A Constituição Cidadã*. Discurso pronunciado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, na Sessão 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em 10 ago. 2010.

HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____ (Coord.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín (Coord.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000.

IVANEGA, Miriam M. Derecho administrativo y régimen exorbitante de derecho privado. In: Julio Pablo Comadira; _____ (Coords.) *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 51-74.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Libro II: La noción de servicio público. Los agentes de la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O Direito Administrativo de espetáculo. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.

KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1960.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 3. ed. t. I. Paris: LGDJ, 1963.

LEGUINA VILLA, Jesús. Principios generales del Derecho y Constitución. *Revista de Administración Pública*, nº 114, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-37, sep./dic. 1987.

LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 36, Belo Horizonte: Fórum, p. 123-153, abr./jun. 2009.

LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo – Direito Público*, nº 103, Belo Horizonte: Fórum, p. 17-28, set. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo do Conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTÍN, Nuria Beloso. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 149-157.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MATHIEU, Bertrand *et alli*. Débats. In: _____; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 69-79.

MATHIEU, Bertrand. Propos introductifs. In: _____; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 5-7.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.

MEILÁN GIL, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

_____. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010.

_____. O interesse público e o Direito Administrativo global. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 101-104.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964.

_____. Proteção ambiental e ação civil pública. *Justitia*, nº 135, São Paulo, p. 88-98, jul./set. 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181-191.

_____. A supremacia do interesse público. In: *XI Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Conferência de encerramento proferida em 27.08.2010. Curitiba: Instituto Paranaense de Direito Administrativo, 2010.

_____. Considerações em torno dos princípios hermenêuticos. *Revista de Direito Público*, nº 21, São Paulo: RT, p. 141-147, jul./set. 1972.

_____. Criação de Secretarias Municipais. *Revista de Direito Público*, nº 15, São Paulo: RT, p. 284-288, jan./mar. 1971.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, nº 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.

_____. Proteção jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 176, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 9-14, abr./jun. 1989.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004.

_____. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 35-46.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 [1968].

_____. *Manual de Direito Constitucional*. t. II: Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV: Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: *Oeuvres Complètes*. Paris: Seuil, 1964 [1748].

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111-144.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, n^{os} 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983.

MORENO, Fernando Díez. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197-229.

_____. (Org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Nélon Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31.

MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, p. 557-565, set./dic. 2009.

NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991, p. 2185-2253.

_____. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987. 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra.

_____. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: _____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 17-67.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000.

OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAILLET, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980.

PANIAGUA, Enrique Linde. *Fundamentos de Derecho Administrativo: del Derecho del Poder al Derecho de los ciudadanos*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia/Colex, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 33, Belo Horizonte: Fórum, p. 193-217, jul./set. 2008.

PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 179-184.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho, y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, nº 10, Curitiba: Gênesis, p. 676-687, jul./set. 1996.

RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Trabalho e regulação no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010.

RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e regulação: o Direito Capitalista do Trabalho e as crises econômicas. In: _____ (Coord.). *Trabalho e regulação no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 341-381.

RANGEON, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Economica, 1986.

REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas-Boas & Cia., 1923.

REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, nº 13, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 177-187, ene./jun. 2008.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; _____ (Coords.). *Supremacia do*

interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103-119.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, n° 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, n° 4, Porto Alegre: Notadez, p. 23-49, out./dez. 1999, p. 24.

_____. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Nelson. *O óbvio ululante: primeiras confissões (crônicas)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo Español*. t. I: Introducción al Derecho Administrativo Constitucional. La Coruña: Netbiblio, 2008.

_____. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, [s.d.].

_____. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 23, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jan./mar. 2006.

_____. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 105-130.

_____. El marco constitucional del Derecho Administrativo español (el Derecho Administrativo Constitucional). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jul./set. 2007.

_____. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001.

_____. *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Montecorvo, 1986.

_____. La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 20, Belo Horizonte: Fórum, p. 11-39, abr./jun. 2005.

_____. Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa-administrativa en España. In: David Cienfuegos Salgado; Miguel Alejandro López Olvera (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. Derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 301-323.

_____. *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*. Caracas: Sherwood, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Lisboa: Editorial Presença, 1973 [1762].

RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.

SAGUER, Marta Franch i. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: Jorge Fernández Ruiz (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005, p. 403-419.

SAINT-BONNET, François. L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle. In: Bertrand Mathieu ; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 9-21.

SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

_____. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 8, Madrid: Civitas, p. 63-94, ene./mar. 1976.

_____. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, nº 82, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 439-454, ene./abr. 1977.

SALGADO, David Cienfuegos; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. Derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo desenho (quase) lógico – vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: Jorge Luis Salomoni; Romeu Felipe Bacellar Filho; Domingo Juan Sesín (Orgs.). *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 13-32.

_____. Interés público y emergencia. *Actualidad en el Derecho Público*, nº 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 135-165, ene./dic. 2002.

_____; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESÍN, Domingo Juan (Orgs.). *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidário como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Direito de construir em face de normas urbanísticas supervenientes. *Interesse Público*, nº 55, Belo Horizonte: Fórum, p. 31-55, maio/jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23-117.

_____. (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56.

_____. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.

_____. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 219-248.

SCHOETTL, Jean-Éric *et alli*. Débats. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 69-79.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, n° 55, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 253-286, dez. 2007.

SERRANO, Maria Cristina. La defensa de la Constitución y las exigencias del bien común. In: Victor Bazán (Coord.). *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003.

SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, São Paulo: RT, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003.

_____ (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMON, Denys. L'intérêt général vu par les droits européens. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 47-67.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955.

SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, nº 28, Porto Alegre: Notadez, p. 29-42, nov./dez. 2004.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 166, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 37-44, out./dez. 1986.

_____. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-12, abr./jun. 2002.

_____. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*, nº 27, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11, jan./mar. 1952.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 4, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, p. 225-240, jul./dez. 2004.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

_____; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. t. I. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, Porto Alegre: Síntese, p. 147-161, 2001.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WOLFE, Cristopher. *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

ZANCANER, Weida. Prefácio – Homenagem ao Pensamento Jurídico de Celso Antônio. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 11-13.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.